

دروس خارج فقه

سال ۹۴-۹۳

حضرت آیت الله شبیری زنجانی

به همراه صوت دروس

بسم الله الرحمن الرحیم

آرشیو دروس خارج فقه آیت الله العظمی سید موسی شبیری (حسینی) زنجانی ۹۴-۹۳

نویسنده:

آیت الله العظمی سید محمد جواد شبیری زنجانی

ناشر چاپی:

سایت مدرسه فقاهت

ناشر دیجیتالی:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

آرشیو دروس خارج فقه آیت الله العظمی سید موسی شبیری (حسینی) زنجانی ۹۴-۹۳

مشخصات کتاب

سرشناسه:شُبَیری (حسینی) زنجانی۷۵، سید موسی،۱۳۰۶

عنوان و نام پدیدآور:آرشیو دروس خارج فقه آیت الله العظمی سید موسی شُبَیری (حسینی) زنجانی۹۴-۹۳ /سید موسی شُبَیری (حسینی) زنجانی.

به همراه صوت دروس

منبع الکترونیکی : سایت مدرسه فقاهت

مشخصات نشر دیجیتالی:اصفهان:مرکز تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، ۱۳۹۶.

مشخصات ظاهری:نرم افزار تلفن همراه و رایانه

موضوع: خارج فقه

عقد فضولی ۹۳/۰۶/۲۲

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: عقد فضولی

خلاصه درس:

استاد در این جلسه به بحث عقد فضولی می پردازند. ایشان ابتداء تعریف شهید اول برای فضولی را بیان نموده و به بررسی آن می پردازند. طبق فرمایش استاد بهتر بود که در تعریف ایشان از قید «العاقد» هم استفاده می گردید.

در ادامه هم بیانی از علامه در قواعد و اشکالی محقق ثانی به تفریع ایشان مورد نقد و بررسی قرار می گیرد. مرحوم شیخ از فرمایش علامه در برابر اشکال محقق دفاع کرده است؛ ولی نظر استاد بر این است که اشکال محقق ثانی بر علامه وارد است و تفریع علامه قابل دفاع نمی باشد و این مطلب با مراجعه به کتاب جامع المقاصد روشن می گردد.

عقد فضولی

قرار بر این شد که ما از فضولی بحث بکنیم.

تعریف شهید اول

شهید در تعریف فضولی اینطور تعبیر می کند: «هو الکامل غیر المالک للتصرف».

فضولی در مواردی است که إذن ممکن است، ولی واقع نشده باشد

قبل از بررسی این تعریف باید عرض بکنم که در کلمات بزرگان اینطور وارد شده است که به عاقدی که مالک تصرف نباشد، فضولی گفته می شود؛ ولی این کفایت نمی کند و در مواردی که اصل عقد حرام است و حتی با إذن هم تصحیح نمی شود مانند عقد ربوی و امثال آن، فضولی صدق نمی کند.

ص: ۱

پس بنابراین آنچه که در فضولی معتبر است، عبارت از این است که اگر عقد عاقدی با إذن صحیح باشد، آیا این عقد با اجازه هم تصحیح می شود یا نه؟ اما عاقدی که حتی در صورت إذن هم جواز تصرف ندارد و مأذون بودن هم در صحت عقد او مفید نباشد، خارج از موضوع فضولی خواهد بود.

پس فضولی عبارت از عاقدی است که در صورت إذن جواز تصرف دارد، ولی بدون إذن عقد را انجام داده است و بحث در این خواهد بود که آیا این عقد با اجازه تصحیح می شود یا نه؟

تعریفی را که شهید اول در جلد سوم از چاپ چهار جلدی غایه المراد برای فضولی بیان کرده است، عبارت از این است که: «الکامل الغیر المالک للتصرف».

ایشان می گوید: معامله ی شخص نابالغ، حتی اگر إذن هم داشته باشد، باطل است و لذا ایشان قید «الکامل» را برای همین بیان کرده است که اگر شخص نابالغ عقدی را بدون إذن هم انجام بدهد، داخل در بحث فضولی نخواهد بود، زیرا شخص نابالغ مسلوب العباره است و فضولی در جایی است که شخص مسلوب العباره نباشد و وجود إذن در صحت معامله ی او کافی باشد.

بحث ما فضولی راجع به این مطلب است که آیا اجازه هم مانند إذن کافی در صحت عقد است یا نه؟

پس بنابراین ایشان به این جهت قید «الکامل» را ذکر فرموده است.

البته اگر ما بگوییم که بلوغ، شرط در صحت عقد نیست و اگر مالک به شخص نابالغ إذن بدهد، کافی است و عقد صحیح خواهد بود، در این صورت نیازی به ذکر این قید نخواهد بود. و ایشان هم بر اساس مبنای خودشان این قید را ذکر نموده است.

ص: ۲

البته شاید بشود گفت که مراد ایشان از قید «الکامل» معنایی است که با مبنای دیگران هم سازگار خواهد بود. به این باین که اگر ما شخص نابالغ را مسلوب العباره دانستیم، کمال با بلوغ خواهد بود و اگر هم غیر ممیز را مسلوب العباره دانستیم، کمال با تمییز خواهد بود. خلاصه اینکه می توانیم فرمایش ایشان را طوری معنی بکنیم که مطابق با اختلاف مبانی، صغریات این موضوع متفاوت باشد.

اشکال بر تعریف شهید اول

و اما اشکالی که به نظر می رسد مُنَجَّزاً به تعریف ایشان وارد باشد، عبارت از این است که ایشان در تعریف فضولی قید عاقد را بیان نکرده است، در حالی که بیان این قید لازم است و اگر این قید را نیاوریم، همه ی شما فضولی خواهید بود!! در فضولی باید عاقدی وجود داشته باشد که غیر مالک در تصرف باشد تا فضولی صدق بکند، ولی شهید اول کلمه ی «عاقد» را ذکر نکرده و فرموده است: «هو الکامل غیر المالك للتصرف» و خلاصه اینکه باید در تعریف فضولی، این قید «عاقد» را بیاوریم.

پس فضولی عبارت از عاقدی است که امکان تصرف برای او هست و عملش با اذن صحیح می باشد؛ ولی اذن نگرفته و قهراً مالك تصرف نیست.

پرسش:...

پاسخ: اگر عقدی از جهات دیگر باطل بود، فضولی نیست و اگر از جهات دیگر اشکالی نبود و فقط إذن در تصرف نداشت، فضولی صدق می کند.

عبارت علامه در قواعد و اشکال محقق ثانی

مرحوم علامه در قواعد عبارتی دارد که محقق ثانی به آن عبارت اشکال کرده و شیخ هم از عبارت علامه در قواعد دفاع می نماید.

ص: ۳

تعبیر علامه در قواعد این است که یکی از شرایط متعاقدین این است که یا باید مالك باشند، یا مأذون از جانب مالك باشند و یا ولی باشند. اشخاص مختلفی هم ولایت دارند مثل حاکم، مأذون از حاکم، وصی و عدول مؤمنین.

بعد هم ایشان بر این مطلب تفریعی را بیان می کند که بنابراین فضولی موقوف بر اجازه است، «موقوفٌ علی الاجازه (۱) ».

مرحوم محقق ثانی نسبت به این فرمایش علامه اشکال می کند که این تفریع درست نیست که شما یکی از شرایط را بیان بفرمایید و بعد نسبت به کسی که فاقد شرط است، بگوییم که «موقوفٌ علی الاجازه».

خلاصه اینکه این تفریع درست نیست.

دفاع شیخ از فرمایش علامه

شیخ می فرماید که این اشکال محقق ثانی وارد نیست، زیرا مراد از این شرطی که علامه ذکر کرده است، شرط لزوم است و مراد از کلمه ی لزوم هم در اینجا همان صحت است. پس بنابراین مراد علامه این است که صحت فعلی وجود ندارد و عقد فضولی احتیاج به اجازه دارد.

پس بنابراین بالفعل نقل و انتقالی حاصل نمی شود و متوقف بر اجازه است.

شیخ می فرماید: مراد از شرایطی که علامه ذکر کرده است، شرط لزوم است و لزوم در کلام شیخ و در کلام شهید اول دو گونه استعمال شده است: یک لزوم به معنای اصطلاحی است و در مقابل عقد جایز است و مراد از آن عقدی است که نمی شود آن را فسخ کرد، یک لزوم هم به معنای لغوی آن است که چیزی است که «لاینفک» است و در تعبیر لازم و ملزوم هم همین معنی اراده می شود.

۱- قواعد الأحکام، العلامه الحلی، ج۲، ص۱۹.

شهید اول در جلد سوم غایه المراد، لزوم به این معنی را استعمال کرده است و مراد شیخ هم در اینجا همین معنی است.

علامه هم می خواهد در اینجا شرایطی را بیان کند که «لاینفک» است و احتیاج به ضمیمه ی دیگری ندارد که چنین شرایطی عبارت از این است که متعاقدین یا مالک باشند، یا مأذون از مالک باشند و یا اینکه ولایت داشته باشند. اگر کسی این شرایط را داشت، دیگر احتیاج به گرفتن اجازه از دیگری نخواهد بود.

پس بنابراین مراد ایشان از تعبیر به: «موقوفٌ علی الاجازه»، این است که عقدی که این شرایط را نداشت، باطل محض نیست و احتیاج به اجازه دارد، اما اگر این شرایط وجود داشت، ملکیت و نقل و انتقال واقع می شود و احتیاجی هم به إذن وجود ندارد.

پس بنابراین عقد فضولی واجد شرط لزوم به این معنی که صحت بالفعل داشته باشد، نیست و برای نقل و انتقال و ملکیت احتیاج به اجازه دارد و چنین تفریعی هم صحیح می باشد و اشکال محقق ثانی هم وارد نخواهد بود.

نظر استاد (وارد بودن اشکال محقق)

البته اگر کسی به عبارت جامع المقاصد مراجعه بکند، متوجه می شود که دفاع شیخ از علامه تمام نیست.

محقق ثانی در جامع المقاصد می فرماید: ما شرط در فرمایش علامه را چه شرط صحت معنی کنیم و چه شرط لزوم، در هر دو صورت این تفریع صحیح نمی باشد.

بنده عبارت محقق را برای شما می خوانم که ایشان علی کلا التقدیرین تصریح می کند که این فرمایش علامه محل اشکال است.

ص: ۵

عبارت قواعد این است: (۱) «یشترط کون البائع مالکاً أو ولیّاً عنه» (۲) ، بایع یا بایـد مالک باشد، یا ولیّ باشد، «کالأب و الجد (۳) و الحاکم و أمینه (۴) و الوصی»، وصی پدر یا وکیل باشد از طرف آن کسی که اختیاردار است، «فبیع الفضولی موقوف علی الإجازه علی رای». این تعبیر علامه در قواعد است.

محقق ثانی می فرماید: «هذا التفریع ایضاً غیرُ جیدٍ» (۵) ، ظاهراً قبلًا هم یک تفریعی وجود داشته است که آن هم محل اشکال بوده است. خلاصه اینکه ایشان می فرماید: این تفریع علامه درست نیست.

«لان المتبادر من اشتراط ما ذکره..».

ایشان می فرمایـد: اگر شرط را شرط صحت بدانیم، معنایش فقدان صحت خواهد بود و اگر شرط لزوم بدانیم، فقدان لزوم خواهد بود.

ایشان می فرمایند: متبادر از «اشتراط ما ذکره بطلان البیع هنا لانتفاء الشرط ان کان ذلک شرطاً فی الصّحه أو عدم لزومه ان کان شرطا فی اللزوم» (۶) . پس بنابراین ایشان هر دو احتمال را در معنای شرط در نظر گرفته است و اگر مراد شرط صحت باشد، در صورت فقدان این شرایط، عقد باطل محض خواهد بود و با اجازه و امثال آن هم تصحیح نخواهد شد.

اگر هم مراد از شرط، لزوم باشد، در صورت نبود این شرایط، عقد صحت فعلی نخواهد داشت، «أو عدم لزومه ان کان شرطا فی اللزوم».

۱-
۲- قواعد الأحکام، العلامه الحلی، ج۲، ص۱۸.
۳-
۴-
۵- جامع المقاصد، المحقق الثانی (المحقق الکرکی)، ج۴، ص۶۸.
۶- جامع المقاصد، المحقق الثانی (المحقق الکرکی)، ج۴، ص۶۹.

پس بنابراین اگر مراد از از اشتراط، اشتراط در صحت باشد، اگر کسی این خصوصیات را نداشت، فاقد صحت و باطل خواهد بود، ولی اگر مراد اشتراط در لزوم باشد، فاقد این خصوصیات، لازم نخواهد بود.

مراد از عدم لزوم هم مسئله ی فسخ و عدم فسخ نیست، بلکه مراد عبارت از این است که «لاینفک» نباشد. مراد لزوم لغوی است نه لزوم اصطلاحی.

«أو عدم لزومه ان کان شرطاً فی اللزوم فکونه موقوفاً علی الإجازه لا یظهر وجه تفریعه».

ایشان می فرماید: این چه تفریعی است که علامه بر شرطیت امور ذکر شده، مترتب کرده است؟!

بعد هم می فرمایند: مگر اینکه بگوییم مراد از لزوم همان «لاینفک» است و اگر این شرایط وجود نداشت، عقد «ینفک» خواهد بود. عقدی که موقوف بر چیزی دیگر نباشد، «لاینفک» است؛ ولی عقدی این شرایط را نداشت، «ینفک» است.

به عبارت دیگر، شرط «لاینفک» بودن بیع، عبارت از این اموری است که ذکر شده است و اگر این شرایط وجود نداشت، بیع «ینفک» خواهد بود، «إلّا إذا حملنا العباره علی ان الاشتراط فی اللزوم و ان المراد بکونه موقوفاً عدم لزومه لأنه فی قوته»، موقوف به این معنی خواهد بود که عقد لازم نیست.

البته اگر عبارت علامه را اینطور معنی بکنیم که مراد این است که اگر بایع خصوصیات ذکر شده را نداشت، عقدش لازم به معنای «لاینفک» نخواهد بود، این اشکال وارد خواهد بود که چرا ایشان تعبیر به «علی رأيٍ» کرده است؟! معنای این تعبیر ایشان این است که این مسئله اختلافی است و مختار من عبارت از این است، در حالی که در این مسئله همه اتفاق نظر بر این مطلب دارند و هیچ اختلافی وجود ندارد.

ص: ۷

البته در صورتی که «موقوفٌ» را آنطوری که ایشان معنی کرده است، اشکال تعبیر به «علی رأيٍ» وارد است؛ ولی به نحو دیگر و آن عبارت از این است که تعبیر «موقوفٌ» یک جنبه نفیی دارد و یک جنبه ی اثباتی، یعنی اگر در صورت نبود شرایط عقد ملازم نیست، ولی با یک شرایطی واقع می شود و بدون آن شرایط عقد محقق نمی گردد.

پس بنابراین تعبیر «موقوفٌ» اشاره به این است که با تحقق شرایط، عقد واقع می شود و در صورت عدم تحقق شرایط، عقد واقع نمی گردد؛ ولی عدم اللزوم به مواردی که اصلاً واقع نمی شود و باطل محض است هم اطلاق می گردد.

طبق آنچه که گفتیم، بحث در این خواهد بود که اگر مراد بیان شرایط لزوم است، در صورت نبود این شرایط هم آنهایی که قائل به بطلان عقد فضولی هستند، می گویند: لازم نیست و هم آنهایی که صحیح می دانند، قائل به عدم لزوم هستند و تعبیر به «علی رايٍ» محل اشکال خواهد بود، زیرا درست است که نظر ایشان بر صحت است و برخی دیگر باطل می دانند، ولی تفریع به عدم لزوم نخواهد بود.

مثل اینکه شما بگویید: شرط در فلان کار این است که شخص طلبه باشد و بعد بگویید: بنابراین کسی که مجتهد نباشد، فلان کارش صحیح نیست.

شما نمی توانید یک معنای اخص را تفریع بر یک معنای اعمی بکنید و بگویید: بنابراین کسی که مجتهد نیست، نمی تواند این کار را انجام بدهد.

خلاصه اینکه این تفریع درست نیست، چه شرط را به معنای شرط صحت بگیریم و چه به معنای شرط لزوم و در هر دو صورت این تفریع صحیح نمی باشد.

ص: ۸

پس اینکه ایشان بعد از ذکر شرایط، تفریع به موقوف بودن عقد فضولی طبق مختار خودشان کرده است، صحیح نیست و عبارت علامه، عبارت ناتمامی است

مصادیق عقد فضولی (عقود، ایقاعات) ۹۳/۰۶/۲۳

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: مصادیق عقد فضولی (عقود، ایقاعات)

خلاصه درس:

استاد در ادامه ی بحث فضولی به این مطلب اشاره می فرمایند که فضولی صفت عاقد است نه صفت عقد و برخی هم (حتی خود شیخ) مسامحه فضولی را صفت برای عقد دانسته اند. بحث بعدی راجع به این مطلب است که معیار در صدق فضولی عدم سلطه ی شخص بر عقد است، هر چند که شخص مالك عین باشد. ایشان در ادامه نسبت بین سلطه بر عقد و سلطه بر مال را عموم و خصوص من وجه بیان می فرمایند.

بحث مهم دیگری که در این جلسه مطرح گردیده است، بحث جریان فضولی در ایقاعات است که استاد با اشاره به دعوای اجماع شهید اول بر عدم جریان فضولی در ایقاعات، موارد متعددی را در رد این اتفاق بیان می فرمایند.

آخرین بحثی که در این جلسه مورد اشاره قرار گرفته است، بحث کفایت رضایت مالك در خروج عقد از فضولی بودن است که مختار شیخ و ادله ی مورد استناد ایشان مورد بررسی قرار می گیرد.

فضولی صفت عاقد است نه صفت عقد

فضولی آن طوری که تعریف شد، صفت شخص است نه صفت عقد. عاقد فضولی می شود و باید تعبیر به «عقدالفضولی» به نحو اضافه بکنیم، که فضولی صفت برای شخص خواهد بود، منتهی در برخی جاها به نحو مسامحه به خود عقد فضولی گفته شده است.

ص: ۹

بنابراین تعبیر صحیح «بیع الفضولی» به نحو اضافه است، ولی برخی تعبیر به «البیع الفضولی» کرده اند که صحیح نمی باشد و تسامح است.

مسامحه در فرمایش شیخ

البته نکته ی جالب توجه این است که خود شیخ چند خط بعد دچار همین تسامح شده و اینطور تعبیر کرده است که: «استدل لفساد الفضولی»، و فضولی را به عقد اطلاق کرده است، نه به عاقد؛ در حالی که روشن است که فساد مربوط به عقد است نه

مربوط به عاقد.

معیار در فضولی، عدم سلطه شخص بر عقد است

شیخ در ادامه می فرماید: آن طوری که از کلمات بزرگان استفاده می شود، معیار فضولی عبارت از این است که شخص سلطه به عقد نداشته باشد.

نسبت عموم و خصوص من وجه بین سلطه بر عقد و سلطه بر مال

البته باید به این نکته توجه داشته باشیم که بین سلطه به عقد و سلطه به مال و عین خارجی، نسبت عموم و خصوص من وجه برقرار است. مثلاً ممکن است کسی تسلط خارجی بر عین و مال داشته باشد؛ ولی سلطه به عقد نداشته باشد مانند اشخاصی که حق تصرف در مال تحت سلطه خود را به جهت حقوق دیگران ندارند، کما اینکه اگر کسی مالش را نزد دیگری رهن گذاشته باشد، در عین حالی که مالك است، ولی اگر عقدی را اجزاء بکند، عقدش فضولی خواهد بود.

پس بنابراین ممکن است کسی مالك باشد، ولی عقدش فضولی باشد. از طرف دیگر هم ممکن است کسی مالك نباشد، ولی عقدش هم فضولی نباشد، مانند کسی که از مالك وکالت دارد. در چنین موردی هر چند شخص مالك نیست، ولی عقدش هم فضولی نخواهد بود. یا در جایی که شخص ولایت بر مالك دارد، در عین حالی که مالك نیست، ولی عقدش فضولی نخواهد بود.

ص: ۱۰

خلاصه اینکه بین سلطه بر عقد و سلطه بر مال، نسبت عموم و خصوص من وجه برقرار است و فضولی اختصاص به مواردی ندارد که غیر مالک عقدی را بخواند، بلکه اگر مالک هم حق انجام عقد را نداشته باشد، باز هم عقدش فضولی خواهد بود.

استشهاد شیخ به منع از نکاح باکره

بعد هم ایشان برای فرمایش خودشان شاهده آورده و می فرماید: «یُومی الیه... »، باکره بدون اجازه ی ولیّ حق انجام عقد ندارد و در استدلال به فساد فضولی هم گفته اند که باکره از انجام عقد بدون إذن ولی نهی شده است و از همین نهی استفاده می شود که فضولی باطل است.

البته اینکه چرا ایشان تعبیر به «یومی» کرده است و نه تعبیر به «یدلّ»، شاید به این جهت باشد که ایشان می خواهد اثبات بکند که موضوع بحث اعم از این مورد ذکر شده است است و به همین جهت این مطلب را به عنوان دلیل ذکر نفرموده، بلکه به عنوان ایماء تعبیر فرموده است.

پس ممکن است نظر شیخ در تعبیر «یومی» از این جهت باشد، البته ممکن هم هست که ایشان بگویند: آن چیزی که موضوعاً مورد بحث است، مواردی است که غیر مالک بخواهد عقدی را اجراء بکند؛ اما اگر کسی راجع به خودش یا مالش، عقدی را انجام بدهد و دیگری هم حقی داشته باشد، این مورد موضوعاً داخل در بحث ما نخواهد بود.

شیخ استدلال به منع از نکاح باکره برای فساد فضولی را از باب اولویت می داند، به این معنی که وقتی شارع با وجود حق دیگری، عقدی را ممنوع کرده و صحیح نمی داند، به طریق اولی، اگر کسی بخواهد نسبت به مال دیگری عقدی را انجام بدهد، ممنوع و غیر صحیح خواهد بود.

پس بنـابراین معلوم نیست که منع از نکاح باکره دخول موضوعی در بحث ما داشـته باشـد، بلکه ممکن است از باب اولویت به آن تمسک شده باشد، لذا شیخ تعبیر به «یدل» نکرده است، بلکه تعبیر به «یومی» نموده است.

فضولی در ایقاعات

بحث دیگر عبارت از این است که شـیخ می فرماید: بحث در باب فضولی راجع به عقود است که آیا چنین عقودی صحیح می باشند یا نه؟ اقوال متعددی هم در این مسئله وجود دارد.

ادعای اتفاق شهید اول بر بطلان ایقاعات فضولی

امـا نسبت به ایقاعـات فضولی، شـهید اول در غـایه المراد دعوای اتفـاق بر بطلاـن کرده است و این اقوال متعـددی که در عقد فضولی وجود دارد، ارتباطی به ایقاعات ندارد و در نتیجه این بحث ها در ایقاعات نخواهد آمد.

نظر استاد

البته این ادعـای اتفـاق ناتمـام است، زیرا اولاًـ اجمـاع منقول حجیتی نـدارد، ولی اگر مـا اجماع منقول را هم حجت بـدانیم، در مواردی که خلافش ثابت شده است، نمی توانیم آن اجماع را حجت بدانیم.

در این مسـئله فقهـاء مختلفی بحث کرده انـد و برخی حکم به صـحت ایقاعـات فضولی داده و برخی حکم به بطلان داده انـد، ولـذا دعوای اتفاق بر عـدم جریان فضولی در ایقاعات، درست نیست و در موارد متعـددی – که در حواشـی ذکر شـده است – حکم به صحت ایقاعات فضولی داده شده است.

حتی در عتق و طلاـق هم – که برخی دعوای اتفاق بر بطلان فضولی کرده انـد – مباحثی مطرح شـده است که نشانگر اختلاف در صحت و بطلان فضولی در این دو باب می باشد.

ص: ۱۲

یک موردی هم بنده از کتاب مغنعه شیخ مفید - که از قدماء و فحلی از فحول است - برای شما نقل می کنم که نشانگر صحت فضولی در ایقاعات حتی در این دو باب می باشد.

شیخ مفید می فرماید: «فإن باع أمه لایملک بیعها» (۱) ، فرض مسئله این است که شخص امه ای را فضولتاً فروخته است، در حالی که مالک بیعش نبوده است، «فأولدها المبتاع»، مثلاًـ یک عبدی حق فروش امه را نداشته است، ولی بدون اجازه ی مالک، این کار را کرده است و خریدار هم از این امه استفاده کرده و اولادی از او متولد شده است.

ایشان می فرماید: «إن أمضی المالک البیع لم یکن له علی المبتاع و ولده من الجاریه سبیل»، اگر مالک اصلی عقد را امضاء کرد، دیگر نباید جاریه و بچه را پس بگیرد و بگوید: مال من است.

«و لو کان المبتاع قد أعتق الجاریه و تزوجها لکان لسیدها إبطال العتق و فسخ النکاح و کان له إمضاء ذلک و إنفاذه حسب ما ذکرناه»، اگر شخص خریدار جاریه را آزاد کرده است، مالک هم می تواند عتق را ابطال بکند و هم می تواند آن را امضاء بنماید.

این عتق از همان دو موردی است که غیر از شهید در غایه المراد که دعوای اتفاق کلی نموده است، افراد دیگری هم به خصوص دعوای اجماع بر عدم جریان فضولی در این دو (عتق و طلاق) کرده اند، ولی شیخ مفید در این مسئله فضولی را باطل ندانسته و صحت عتق را موقوف بر اجازه ی مالک اصلی می داند.

ص: ۱۳

۱- المقنعه، الشیخ المفید، ج۱، ص۶۰۶.

پرسش: بیع را امضاء نکند، عتق را امضاء کند؟

پاسخ: «لو کـان المبتـاع قـد أعتق الجاریه و تزوجها لکان لسـیدها إبطال العتق و فسـخ النکاح و کان له إمضاء ذلک». می تواند بگوید: من نکاح و عتق را امضاء نمی کنم و می تواند اینها را امضاء بکند.

پرسش: ...

پاسخ: «لکـان لسیدها إبطال العتق و فسـخ النکاح و کان له إمضاء ذلک و إنفاذه حسب ما ذکرناه» خلاصه ی مطلب عبارت از این است که می توان عتق فضولی را با امضاء تصحیح نمود.

پرسش: ...

پاسخ: ظـاهر مطلب عبـارت از این است که هم می توانـد نکـاح و عتق را فسـخ نمایـد و هم می توانـد هر دو را امضـاء بکنـد. «ذلک»، یعنی همین که ذکر شد، ظاهرش عبارت از این است.

پس بنابراین بطلان فضولی در ایقاعات یک مسئله ی اتفاقی نیست.

در این مسـئله یـک روایت هم از حلـبی داریم که ولـو دلالـتش کلی نیست، امـا فی الجمله دلالـت بر صـحت برخی مـوارد می نماید.

در این روایت سؤال می کند: ولیّ پسر صغیری برای او زنی را تزویج می نماید و بعداً این بچه زن خود را در ده سالگی طلاق می دهد. این مسئله چه حکمی دارد؟

البته در این روایت قدری اجمال وجود دارد که آیا خود بچه در ده سالگی زنش را طلاق می دهد، یا این که پدری را این زن را به او تزویج کرده است، بعداً این زن را طلاق می دهد.

به هر حال هر کدام از این معنی را که در نظر بگیریم، از ذیل روایت استفاده می شود که طلاق بچه یا پدر نافذ نیست.

حضرت در ذیل روایت در جواب به این سؤال می فرماید: اما تزویج پدر صحیح و نافذ است و حرفی در آن نیست، اما طلاقی که پسر یا پدر (بر اساس دو معنای یاد شده) می دهد، صحت این طلاق موقوف بر این است که بچه بزرگ بشود و بعد از اینکه بزرگ شد و متوجه چنین طلاقی که خودش یا پدرش داده، شد و امضاء کرد، این طلاق صحیح خواهد بود؛ ولی اگر امضاء نکرد، همان تزویجی که پدر انجام داده است، باقی خواهد بود.

خلاصه اینکه روایت حلبی ناظر به طلاق فضولی نسبت به خود شخص است، اما طلاق فضولی نسبت به زن شخص دیگر را شامل نمی شود.

البته شیخ فضولی را تعمیم داد و نسبت به مواردی که حق دیگری شرط باشد هم فضولی را جاری دانست.

پس بنابراین این درست نیست که بگوییم: در طلاق و عتق فضولی جاری نیست، بلکه در این دو مورد هم فضولی جاری است و به طریق اولی نسبت به غیر این دو هم جاری خواهد بود.

آیا رضایت مالک برای خروج از فضولی بودن کافی است؟

بحث دیگر راجع به این است که اگر إذن مالك یا ولی بود، عقد از فضولی بودن خارج است، ولی در موردی که إذن در کار نیست، ولی رضایت آن شخصی که اذنش معتبر بود، حاصل است، در این مورد آیا عقد از فضولی بودن خارج می شود و دیگر احتیاجی به اجازه نیست یا نه؟

نظر شیخ در این مسئله

شیخ در ابتداء از بعضی از کلمات فقهاء اینطور استظهار می کند که این مورد هم داخل در فضولی است و احکام فضولی بر آن بار می شود، ولی در ادامه وجوه مختلف را ذکر کرده و در نتیجه این قول را اختیار می کند که این مورد از فضولی بودن خارج می باشد و رضایت هم در حکم اذن انشائی است.

ادله شیخ بر قول مختار

شیخ ادله ی زیادی ذکر می کند. یکی از این ادله، (أوفوا بالعقود) (۱) است، دیگری (إلاـ أن تکون تجاره عن تراض) (۲) است و مناسب بود که (أحل الله البیع) (۳) را هم ذکر می فرمود. دلیل دیگر هم بعضی از روایات است.

این سه آیه ای که ذکر شد، از عمومات است و شیخ به آیه ی (تجاره عن تراض) تمسک کرده و می فرماید: اطلاق این آیه شامل عقدی که مقرون به رضایت شخص باشد هم می شود ولو اینکه شخص عاقد بی اطلاع نسبت به رضایت مالک باشد. به عبارت دیگر شخص عاقد به صورت فضولی عقد می کند، ولی در مقام واقع اگر مالک رضایت داشته باشد، باید نسبت به این عقد، معامله ی صحت کرده و بگوید: با همین عقدی که انجام شده، نقل و انتقال حاصل گردیده است. مالک باید بین خود و خدا این کار را انجام بدهد و لزومی ندارد که عاقد علم به رضایت مالک داشته باشد.

بیان یک شبهه در استدلال به آیه «تجاره عن تراض» و جواب آن

۱- مائده/سوره۵، آیه۱.

۲- نساء/سوره۴، آیه۲۹.

۳- بقره/سوره۲، آیه۲۷۵.

ممکن است در استدلال به این آیه این شبهه مطرح بشود که آیه ی (إلاـ أن تکون تجاره عن تراض) دلالت بر تجارتی دارد که از روی رضایت صادر شده باشد، ولی در جایی که یک شخصی تجارت کرده و شخص دیگری رضایت داشته باشد، چنین چیزی صدق نمی کند و تجارت از روی رضایت واقع نشده است.

من احتمال می دهم که نظر شیخ عبارت از این باشد که آیه ی (تجاره عن تراض) می گوید: عاقد مُکَره نبوده است و از روی اکراه عقد را انجام نداده است. عاقد از روی رضایت عقد کرده و هیچ اکراهی در بین نمی باشد. در مورد فرض ما فضولی در عقدی که انجام می دهد، مکرَه نیست و تجارت از روی رضایت از فضولی صادر شده است.

حال بحث در این خواهد بود که آیا این تجارتی که فضولی از روی رضایت انجام داده است، چون در ملک دیگری انجام شده است، مُلغی است، یا نه؟

عمومات می گوید: اگر مالک اصلی اصلاً راضی به این (تجاره عن تراض) نباشد، تجارت فضولی نافذ نیست، اما اگر راضی باشد، باید به این (تجاره عن تراض) ترتیب اثر داده شود و معامله ی ملکیت وتصرف کردن اشکالی ندارد.

پس بنابراین شیخ از این جهت استدلال می فرماید، نه از جهت اقتران تجارت به رضایت مالک و صورتی که مالک رضایت نداشته باشد، خارج از (تجاره عن تراض) است و باید به بقیه موارد اخذ بکنیم.

پرسش:...

پاسخ: این آیه کأنّ صورتی را خارج می کند که شخص را اکراه به انجام عقد کرده باشند و صحت چنین تجارتی را الغاء می نماید.

پرسش: اگر بعداً رضایتش بیاید، درست می شود؟

پاسخ: ممکن است ایشان این را کافی نداند.

شیخ می گوید: فعلاً این صورتی را الغاء می کنیم که به صورت متعارف شخص را وادار به انجام تجارت کرده باشند و چنین تجارتی نافذ نیست.

خلاصه اینکه ممکن است تقریب شیخ اینطور باشد، البته درستی یا نادرستی آن بحث دیگری است و ما نظر ایشان را قبول نکرده ایم.

بررسی ادله ی صحت عقد فضولی ۹۳/۰۶/۲۴

Your browser does not support the audio tag.

بررسی ادله ی صحت عقد فضولی

خلاصه درس:

استاد در این جلسه ابتداء به بیان اشکال مرحوم ایروانی و مرحوم خوئی بر استدلال شیخ به «أوفوا بالعقود» پرداخته و این اشکال را وارد بر شیخ نمی دانند. ایشان در ادامه نظر خود را در معنای آیه بیان فرموده و از جهت دیگری بر شیخ اشکال می فرمایند.

استاد در ادامه به بررسی نظر شیخ راجع به کفایت رضایت ثبوتی مالک پرداخته و آن را نمی پذیرند. بحث بعدی راجع به تمسک به آیه ی «تجاره عن تراضٍ» می باشد که نظر آقایان خوئی و ایروانی راجع به این آیه بررسی گردیده و در آخر خود استاد نظرشان را راجع به معنای آیه بیان می فرمایند.

استاد در پایان جلسه، دلیل عمده بر صحت عقد فضولی را صحت اضافه ی عقد در موارد مختلف به کسی که فقط عقد را امضاء می نماید، دانسته و این امضاء را منشأ استناد معامله به شخص بر می شمارند.

....

اشکال مرحوم ایروانی و آقای خوئی بر استدلال شیخ به «أوفوا بالعقود»

مرحوم آقای ایروانی و مرحوم آقای خوئی راجع به آیه «أوفوا بالعقود» می فرمایند که مراد از «عقود» در این آیه، عقودکم است؛ یعنی به قراردادی که خودتان می بندید، وفا کنید و با صرف رضایت مالک، این قرارداد به مالک اضافه نمی شود.

ص: ۱۸

به عبارت دیگر، وقتی شخص دیگری قرارداد بسته و معامله نموده است، با صرف رضایت مالک، این قرارداد به مالک اضافه

نمی شود.

پس این دو بزرگوار می فرمایند که مراد از «عقود» در این آیه «عقودکم» می باشد، ولی توضیحی برای فرمایش خود بیان نمی کنند و فقط در جواب شیخ می گویند که مراد «عقودکم» است و با همین معنی مطلب را تمام می کنند.

وارد نبودن اشکال این دو بزرگوار بر شیخ

اشکالی که در اینجا وجود دارد، عبارت از این است که اگر هم مراد از آیه، «عقودکم» باشد، ممکن است شیخ اینطور بفرماید که آیه طبق این معنی هم شامل فضولی می شود، زیرا فضولی هم عقدی را انجام داده است و طبق فرمایش این آیه، باید به عقود خودش وفا بکند و ترتیب اثر بدهد، منتهی دلیل خارج داریم که این عقد بدون رضایت مالک لزوم ندارد. به عبارت دیگر، به ادله ی مسلم می دانیم که این قید وجود دارد که باید ذات مالک هم در نظر گرفته بشود و بیشتر از این دلیلی بر تقیید نداریم.

پس بنابراین اگر هم مراد از «عقود» در آیه را «عقودکم» بدانیم، باز هم وظیفه ی فضولی بعد از احراز رضایت مالک، عبارت از این است که به عقدی که انجام داده است، ترتیب اثر بدهد و لازم نیست که دوباره از جانب مالک انشائی واقع بشود. استدلال شیخ عبارت از این است.

پرسش: ...

پاسخ: فضولی باید به عقدش وفا کند و لازمه اش هم عبارت از این است که نقل و انتقالی واقع شده است و چون خصوصیتی در فضولی نیست، نقل و انتقال شده و باید با آن معامله ملکیت بکنید، منتهی مقید به رضایت مالک. نیازی به إحراز هم نیست و تنها این قید وجود دارد. خلاصه اینکه از این مطلب کشف می کنیم که نقل و انتقالی حاصل شده و ملکیتی واقع گردیده است. مراد ما هم همین است.

ص: ۱۹

خلاصه اینکه معنای «عقودکم» را هم آقای ایروانی و هم آقای خوئی، هر دو تعبیر نموده و فوری نتیجه می گیرند که باید عقد اضافه به مالک پیدا بکند تا وفا به آن لازم باشد. ولی این فرمایش آقایان اشکالی بر شیخ وارد نمی کند. البته اگر این آیه مربوط به مالکین باشد، حرف دیگری است؛ ولی به صِرف اینکه معنای عقودکم را در نظر گرفته و بگوییم که هر کس باید به عقد خودش وفا بکند، نه به عقد دیگران، اشکال بر شیخ وارد نمی شود. شیخ هم می گوید: از همین «عقودکم» کشف می کنیم که در عقد فضولی، نقل و انتقالی حاصل شده است، قید رضایت را هم از خارج استفاده می کنیم.

نظر استاد (بیان معنای آیه و اشکال بر شیخ از جهت دیگر)

منتهی ما قبلاـ هم عرض می کردیم که عرف از آیه ی «أوفوا بالعقود» حرف تازه ای نمی فهمد، بلکه آنچه عرف از این آیه می فهمد، عبارت از این است که اشخاص باید به تعهدات و قراردادهای خودشان عمل بکنند. این چیزی است که عرف می فهمد و بیش از این مثل نماز و روزه و امثال آن را نمی فهمد؛ بلکه وفا به همان قراردادهای معلوم را می فهمد.

لذا به نظر ما – همانطور که قبلاً هم عرض کردیم – به نظر می آید که یکی از این دو معنی مراد از آیه باشد:

یا مراد از این آیه وفا به عقودی است که انسان در عالم ذرّ با خدا بسته است که عبادت شیطان را نکند و به حرفهای شیطان در موضوعات مختلف جواب ردّ بدهد. هر چه را که خدا حلال دانسته، حلال بداند و هر چه را که حرام دانسته است، حرام بداند. «أوفوا بالعقود أحل لكم بهیمه الانعام»، اینها برای شما حلال شده است و باید شما معامله حلیت با آنها بکنید.

و یـا اینکه بگوییم: آیه هیـچ تخصیصـی نخورده است و مراد از «أوفوا بـالعقود» عبـارت از «الزام ما هوالمشـروع» است. آیه می فرمایـد که اگر قرار به چیزی نبسـته بودیـد، ملزم به آن چیزی نبودیـد، ولی حال که قراری بسـته اید، باید به قرار خودتان عمل بکنید و اگر نسبت به امر مشروعی قرار بستید، باید به آن وفا بکنید و لازم المراعاه بدانید.

پس بنابراین اگر شک بکنیم که یک چیزی در صـحت دخالت دارد یا نه، از این آیه نمی توانیم صـحت آن را اسـتفاده بکنیم، ولی اگر صحت امری روشن باشد و شک در لزوم و جواز آن داشته باشیم، «اوفوا بالعقود» می گوید که نباید این قرارداد را به هم بزنیم و باید آن را لازم المراعاه بدانیم.

پس بنابراین از این جهت نسبت به استدلال شیخ اشکالی وارد خواهد بود، نه طبق آن معنایی که آقایان بیان فرمودند.

بررسی فرمایش شیخ در کفایت رضایت ثبوتی مالک

آیه ی «تجاره عن تراض» هم ظاهر در این است که بایـد تجارت از رضایت مالک نشؤ پیـدا کرده باشـد و اینکه مالک راضـی باشـد و در مقام ثبوت و عنـدالله رضایت مالک محقق باشـد و فضولی هم عقـدی خوانـده باشد، صـرف تقارن خارجی کفایت نمی کند، در حالی که شیخ رضایت ثبوتی را کافی دانسته است.

بررسی فرمایش آقایان خوئی و ایروانی در «تجاره عن تراض»

آقـای خوئی و ایروانی بحث را در اینجـا مخلوط کرده انـد و مراد از تجـارت را تجـارت مالک دانسـته انـد، همانطوری که در «أوفوا بالعقود» هم عقـد را عقـد خود شـخص می دانسـتند. طبق فرمایش این آقایان اگر تجارتی که خود شـخص می کنـد، از روی رضایت شد، کافی است، ولی اگر مالک راضی باشد و دیگری تجارت بکند، کفایت نمی کند.

همانطوری که در آیه ی «أوفوا بالعقود» هم گفتیم، این اشکال بر شیخ وارد نیست.

شیخ در بیان معنای آیه ی «تجاره عن تراض» می گوید: هر کسی که از روی رضایت تجارت می کند، باید به عمل خودش ترتیب اثر بدهد، منتهی طبق دلیل خارج باید رضایت مالک هم در نظر بگیریم.

خلاصه اینکه این اشکال آقایان بر شیخ وارد نیست و اینطور نیست که بگوییم: تجارت دیگری ارتباطی به مالک پیدا نمی کند. شیخ هم می گوید که شما به تجارت خودتان ترتیب اثر بدهید، منتهی به وسیله ی دلیل خارجی ثابت شده است که رضایت مالک هم باید وجود داشته باشد.

بیان معنای «عن تراضٍ»

منتهی عرض ما این است که باید ببینیم مراد از «عن تراض» در آیه چیست؟ آیه می فرماید که اگر تجارت از روی رضایت واقع شد، صحیح است و باید ترتیب اثر بدهید و أکل آن برای شما جایز است، ولی اگر مراد از رضایت، رضایت خود مالک باشد، با این نشؤیتی که از کلمه ی «عن» استفاده می کنیم، دلالت بر صحت فضولی نخواهد داشت.

عرض ما عبارت از این است که ممکن است کسی بگوید: آیه ی «تجاره عن تراض» به این معناست که اگر فضولی تجارتی از روی رضایت انجام داد و در انجام عقد هیچ فشاری بر او وارد نبود، باید به تجارت خودش ترتیب اثر بدهد؛ منتهی از دلیل خارج استفاده کرده ایم که رضایت مالک هم در این تجارت معتبر است.

اگر اینطور معنی بکنیم، قهراً باید معامله را با رضایت واقعی مالک کافی بدانیم.

اشکالی که در این معنی وجود دارد، عبارت از این است که طبق این معنی اگر مالک کسی را إکراه بر اجرای عقد بکند و او هم به انجام عقد مکرَه شده باشد، آیا این عقد اشکال دارد یا نه؟

اگر «تجارةً» را مربوط به فضولی بدانیم و بگوییم که رضایت او مراد است، بنابراین اگر مالک کسی را إکراه بر انجام عقد کرده باشد، نباید این عقد صحیح باشد، زیرا طبق این معنی، آیه ی شریفه می گوید که نباید مباشر عقد مکرَه باشد.

در حالی که ما نمی توانیم قائل به این مطلب بشویم، پس در نتیجه مراد از «عن تراضٍ» رضایت کسی است که رضایتش معتبر است، یعنی رضایت کسی که مالک العقد است، نه فقط مالک، مثل ولی و وکیل و یا هر کسی که إذن عقد داشته باشد. خلاصه اینکه طبق بیان آیه، باید منشأ عقد رضایت کسی باشد که اختیار عقد را دارد.

در نتیجه ما نمی توانیم قائل به این معنای وسیعی بشویم که شیخ بیان فرموده است که حتی رضایت در مقام ثبوت را هم کافی دانسته است. ایشان فرموده است که اگر مالک واقعاً راضی است، ولو فضولی علم به رضایت مالک ندارد، در صورت انجام عقد، باید مالک ترتیب اثر بدهد و نقل و انتقال را بپذیرد.

آیه نمی خواهد چنین چیزی را بیان بکند.

پرسش: ...

پاسخ: پیداست که مراد رضایت کسی است که انشاءش معتبر است، اما آیه ناظر به رضایت اجراء کننده عقد نیست.

ص: ۲۳

پرسش: ...

پاسخ: ایشان (آقای خوئی) می خواهد بگوید مراد از «اموالکم» این است که عقد خودتان باید باشد، ولی بنده عرض می کنم که بحث مخلوط شده است. فرمایش ایشان عبارت از این است که عقد باید مربوط به خود انسان باشد نه عقد دیگران؛ ولی آنچه که ما استظهار می کنیم، عبارت از این است که عقد خود بودن، ملازم با این نیست که حتماً عقد مالک باشد، بلکه باید شخص اختیار عقد را داشته باشد، چه مالک باشد، چه ولیّ باشد و چه شخص دیگری.

آقای خوئی می گوید که تجارت، باید تجارت شما باشد و در صورتی که دیگری تجارت بکند و من راضی باشم، صحیح نخواهد بود؛ ولی عرض ما این است که تجارت مربوط به تاجر است و میزان عبارت از مالک العقد است، نه خود مالک و هر کسی هم باید به تجارت خودش ترتیب اثر بدهد.

به هر حال عرف متعارف هم از آیه ی «تجاره عن تراض» امور تعبدی مانند نماز و روزه را نمی فهمد، بلکه آنچه عرف از این آیه برداشت می کند، عبارت از این است که در معاملات، باید رضایت کسی که امر معامله مربوط به اوست، جلب بشود تا معامله صحیح باشد. قهراً صحت فضولی را باید از جای دیگر استفاده بکنیم.

مصحح فضولی از نظر استاد

دلیل عمده ای که ما می توانیم برای تصحیح فضولی به آن استناد بکنیم، عبارت از این است که هر چند تجارت مربوط به کسی است که امر معامله مربوط به اوست مانند مالک و ولیّ و وکیل و امثال آن و رضایت آنها شرط در صحت معامله است؛ ولی دلیل عمده ی ما بر صحت فضولی این است که شما می بینید که در تجارتخانه، صورت معامله نوشته می شود و بعد توسط تاجر امضاء می گردد. در اینجا می گویند که تاجر جنس یا خانه اش را فروخته است و خلاصه اینکه نسبت دادن معامله به شخص، اعم از این است که خودش مستقیماً این کار را بکند یا منشی کار را انجام بدهد و او امضاء بکند.

ص: ۲۴

خلاصه اینکه با نفس امضاء مالک، صورت معامله ای که نوشته شده و انشاء گردیده، به او اضافه شده و نسبت داده می شود.

یا مورد دیگر عبارت از این است که وقتی می خواهند اجازه ی وجوهات یا اجازه ی روایت به طلاب و محصلین بدهند، یک کسی صورت اجازه نامه را می نویسد و آقایان هم امضاء می کنند. در اینجا به نفس امضاء، می گویند که فلان کس اجازه ی وجوهات یا اجازه ی روایت داده است.

البته اگر کسی بخواهد از امضاء مالک کشف حقیقی بکند که این عقد از ابتداء اضافه به مالک پیدا کرده است، چنین چیزی درست نیست؛ ولی اینکه قائل به کشف حکمی یا نقل بشویم، بحث دیگری است و ما می توانیم بگوییم که بعد از امضاء، این عقد اضافه به مالک پیدا می کند و مثل سایر عقود صحیح است.

این آقایان می گویند که اگر مالک هم امضاء کرده باشد، باز هم این معامله به او اضافه پیدا نمی کند. حتی آقای ایروانی صریحاً می گوید که بعضی ها اینطور گفته اند، ولی با امضاء کردن، عقد به مالک اضافه پیدا نمی کند.

البته اگر بگوییم که با امضاء شخص، عقد از اول به او اضافه پیدا نمی کند، فرمایش درستی است؛ ولی می توانیم بگوییم که از زمان امضاء و مهر شخص، این معامله مربوط به او می شود و به او اضافه پیدا می کند.

به نظر می رسد که از میان ادله ای که بر صحت فضولی اقامه شده است، این دلیل صحیح است، ولی اینکه صرف رضایت تنها و در مقام ثبوت، موجب اضافه شده عقد به مالک بشود، (که شیخ به آن اشاره فرموده است) بحث دیگری است و غیر از انشاء می باشد.

پرسش: ...

پاسخ: در ابتداء بحث رضایت در مقام ثبوت بوده است؛ ولی بحث مخلوط شده و ایروانی اصل بحث صحت فضولی و فرع کفایت رضایت در مقام ثبوت را از یک باب واحد دانسته است.

پرسش: ...

پاسخ: می گویم قبلاً فضولی انشاء کرده است؛ ولی وقتی مالك امضاء می کند، با همین امضاء و انشاء، بیع به او اضافه پیدا می کند.

ادله ی خروج مورد رضایت مالک از فضولی بودن ۹۳/۰۶/۲۵

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: ادله ی خروج مورد رضایت مالك از فضولی بودن

خلاصه درس:

استاد در این جلسه ابتداء استدلال به آیه ی (أوفوا بالعقود) (۱) برای خروج مورد رضایت مالک از فضولی بودن را بیان فرموده و مورد بررسی قرار می دهند. ایشان در ادامه، استدلال به آیات (تجاره عن تراضٍ) (۲) و (احل الله البیع) (۳) را مورد بررسی قرار داده و نظر خود راجع به معنای آیه ی «احل الله البیع» در دلالت بر حلیت تکلیفی یا وضعی را بیان می فرمایند.

ادله ی دیگری که برای مسئله ی مورد بحث به آن استناد شده است، روایت «لایحل مال امرئ مسلم...» و روایات عقد باکره و عقد عبد است که مورد نقد وبررسی قرار می گیرد.

در پایان جلسه شمول عمومات نسبت به عقدی که شخص نسبت به مال یا نفس خودش انجام داده است و نظر استاد در این باب مطرح می گردد.

استدلال به «اوفوا بالعقود» برای خروج مورد رضایت مالك از فضولی بودن

برای تصحیح، بلکه خروج موردی که مالك راضی است، از فضولی بودن، به آیه ی«أوفوا بالعقود» استدلال شده است.

۱- مائده/سوره۵، آیه۱.

۲- نساء/سوره۴، آیه۲۹.

۳- بقره/سوره۲، آیه۲۷۵.

ما عرض کردیم که مراد از این آیه، الزام ما هو المشروع است و قهراً اگر شک در مشروعیت یک عقدی داشته باشیم، این آیه در مقام بیان این نیست که هر عقدی در عالم واقع می شود، مشروع است و شرطی برای مشروعیت عقود وجود ندارد.

استدلال به «تجاره عن تراض»

راجع به آیه ی (إلاـ أن تکون تجاره عن تراض) هم مرحوم ایروانی و مرحوم آقای خوئی اینطور تعبیر می کنند که باید تجارت، تجارت خود شخص باشد، اما اگر شخص دیگری تجارت بکند و مالک راضی باشد، ادله شامل این مورد نمی شود.

ما عرض کردیم که این تعبیر هم از افاده ی مقصود قاصر است، زیرا اینکه شیخ قائل به صحت شده است، از این باب است که وقتی غیر مالک عقدی را انجام می دهد، تجارت، تجارت خود اوست، منتهی از دلیل خارج می دانیم که رضایت مالک هم معتبر است و این قید برای تجارت او وجود دارد.

بنابراین اینکه بگوییم: چون عاقد یک شخص است و مالک شخص دیگری است، پس ادله شامل این مورد نمی شود، این تعبیر قاصر است و اگر بخواهیم این مورد را خارج از ادله بدانیم، باید بگوییم که طبق بیان صدر آیه، خطاب به مالکین است، (لاـ تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ إِلاّ أَنْ تَکُونَ تِجارَهً عَنْ تَراضٍ) و اگر خطاب به مالکین باشد، قهراً شامل جایی که غیرمالک عقد کرده باشد، نخواهد بود.

البته ممکن است یک اشکالی هم بر این حرف وارد باشد که بعداً عرض می کنیم.

استدلال به «احل الله البیع»

البته شیخ اسمی از آیه ی«أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ» نبرده است. حال یا سهوالقلم شده است و یا دلیل دیگری داشته است.

پرسش: ... پاسخ: اگر بگوییم که از قلم ناسخین افتاده است، حرف دیگری است؛ ولی اگر از قلم شیخ افتاده باشد، این اشکال بر شیخ وارد است که چرا «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ» را ذکر نکرده است.

فرمایش مرحوم ایروانی

مرحوم ایروانی می فرماید که «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ» ناظر به حکم تکلیفی است، نه حکم وضعی ولذا چون بحث ما راجع به نقل و انتقال - که از احکام وضعی است - می باشد، این آیه شامل مورد بحث ما نخواهد بود. البته تردیدی نیست که نفس معامله ای که انجام شده است، بما هو مشکلی ندارد، ولی بحث ما راجع به حرمت اصل معامله نیست، بلکه بحث ما در وقوع یا عدم وقوع نقل و انتقال می باشد.

پس در نتیجه «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ» شامل مورد بحث ما نمی شود، زیرا راجع به حکم تکلیفی است.

فرمایش آقای خوئی

آقای خوئی می فرمایند: «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ» شامل این مورد نمی شود، زیرا این آیه مخصوص بیع مالکین است، نه غیر بیع غیر مالکین.

البته ایشان بیان نمی کنند که چرا این آیه مخصوص مالکین است.

آنچه که به نظر ما می رسد، عبارت از این است که اگر آیه ی «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ» شامل مورد بحث ما نمی شود، به این جهت است که مشرکین قائل به این نبودند که بیع هیچ شرایطی ندارد و با هر خصوصیتی انجام بشود، نافذ است، بلکه آنها هم برای بیع شرایط و قیودی قائل بودند و با توجه به این مطلب این آیه در مقام بیان صحت مطلق بیع نیست که اگر ما در موردی شک در صحت بیع داشتیم، به این آیه بتوانیم تمسک بکنیم.

ص: ۲۸

مشـرکین می گفتند که بلااشکال در عقد بیع، زمان دخالت دارد و انسان می تواند در نقد و نسیه برای تأخیر در زمان، عوضی قرار بدهد و گرفتن این مقدار زیادی به جهت زمان اشـکالی ندارد. ربای قرضی هم مانند بیع نقد و نسیه است و کسی که نقداً پولی به کسـی قرض می دهـد و طرف مقابل با این پول قـدرت خریـد پیدا می کند و بعد از گذشت یک زمانی این پول را به صاحبش پس می دهد هم گرفتن مبلغ زیادی به جهت ملاحظه ی زمان نباید اشکالی داشته باشد.

پس بنابراین ربای قرضـی با این اسـتدلال نباید اشـکالی داشته باشد و اگر ربا حرام است، باید بیع نقد و نسیه هم حرام باشد، با اینکه همه ی عقلاء چنین بیعی را صحیح می دانند.

طبق بیان آیه ی شـریفه، مشـرکین به قدری حلیت ربا را واضح می دانستند که آن را به بیع نقد و نسیه تشبیه می کردند و حتی حلیت ربا را اوضح از نقد و نسیه می دانستند!

پس بنـابراین اصل مسـئله راجع به این نیست که بیع به طور کلی حلال است و هیـچ قیـد و شـرطی در آن نیست؛ بلکه در اینجا یـک بیع خاصـی مورد نظر است و (الف و لـام) هم در اینجا یا برای عهـد است و یا بایـد بگوییم که بیع با ملاحظه شـرایطش، زمان هم در آن نقش دارد مانند بیع نقد و نسیه.

بنـابراین نمی توانیم از این آیه مطلقاً اسـتفاده بکنیم که بیع هیـچ شـرایطی نـدارد و بعـد برویم به سـراغ مقیِّدات و مخصِّصات و امثال اینها. آیه فقط ناظر به نقد و نسـیه و مقایسه کردن نقش زمان در بیع نقد و نسـیه و ربای قرضـی است. خداوند در این آیه می فرماید: هر چند در نظر عقلائی بین این دو مورد در ظاهر فرقی نیست، ولی خدا عالم به همه ی مصالح است و او بین نقش زمان در باب بیع نقد و نسیه و باب ربای قرضی فرق می گذارد.

پس بنابراین نمی توانیم برای مورد بحث به این آیه تمسک بکنیم.

بیان یک اشکال بر مرحوم ایروانی

البته مرحوم ایروانی می فرمایند که این آیه راجع به حکم تکلیفی است، ولی خود ایشان چند سطر بعد از این بیان، برای حکم وضعی به همین آیه ی «أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ» تمسک نموده و می گوید: اگر شخصی می خواهد ملک خودش را بفروشد، ولی حق دیگری در این ملک هست و باید رعایت بشود، مثل مال مرهونه و عبدی که می خواهد ملک خودش را بفروشد، در اینجا برای حصول نقل و انتقال رضایت واقعی آن شخص کافی است. ایشان برای صحت این بیع به اطلاق آیه تمسک می نماید، در حالی که چند سطر قبل از آن این آیه را ناظر به حکم تکلیفی می دانستند! و ما نمی دانیم که چرا ایشان اینطور بیان کرده اند؟!

مرحوم آقای خوئی هم می فرمایند که آیه ی «أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ» راجع به نقل و انتقالات و امثال اینهاست، منتهی راجع به بیع خود مالک است، نه بیع دیگری.

ما می گوییم که اگر هم آیه ی «أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ» راجع به حلیّت تکلیفیه باشد، باز هم ما می توانیم حکم وضعی را از آن استفاده بکنیم، البته نه از این بابت که شیخ می فرماید: احکام وضعی منتزع از احکام تکلیفی است، زیرا نقل و انتقال، منتزع از صحت تکلیفی بیع نیست، بلکه منتزع از این است که آن تصرفات جایز باشد یا نباشد.

ما می گوییم که از جواز تکلیفی بیع هم می توانیم، نقل و انتقال را استفاده کنیم، زیرا وقتی کسی بیع می کند، خود بیع موضوعیت ندارد، بلکه غرض از بیع تصرفاتی است که بعد از بیع واقع می شود. در معاملاتی که انجام می شود، نفس معامله به عنوان مقدّمی است و غرض از معامله تصرفات خارجی است، نه اینکه خود بیع موضوعیتی داشته باشد.

ص: ۳۰

قهراً اگر راجع به چیزی که جنبه ی مقدّمی دارد، حکم به جواز داده شد، به این معنی خواهد بود که ذی المقدمه هم جایز است. مثلاًـ اگر گفته بشود: رفتن به بازار اشکالی ندارد، از این جمله استفاده می شود که خرید و فروش در بازار اشکالی ندارد، زیرا رفتن به بازار عنوان مقدمیت برای خرید و فروش دارد. پس بنابراین ما از جواز تکلیفی بیع استفاده می کنیم که تصرفات بعد از بیع هم جایز است.

نظر شیخ در آیه ی «أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ» عبارت از حلیت تکلیفی است و ایشان منکر حلیّت وضعیه می باشد.

ما هم در بحث های قبلی عرض کردیم که حلیت به معنای صحت عمل، خیلی روشن نیست و حلیت در مقابل حرمت است و حرمت هم عبارت از بطلان نیست. مثلاً شما می گویید که وضو گرفتن با آب غصبی حرام است، که حرمت در اینجا به معنای خلاف شرع است، ولی در وضو گرفتن با آب مضاف، تعبیر به حرمت نمی شود، بلکه تعبیر به بطلان می شود و خلاصه اینکه متبادر از حرمت، کار خلاف شرع و گناه است و حلیّت هم در مقابل این معنی قرار دارد.

آن چیزی که هم شامل تکلیف و هم شامل وضع می شود، جواز است که بر هر دو اطلاق می شود. گاهی گفته می شود: «جاز امره» و مراد صحیح و نافذ بودن است، گاهی هم تعبیر به «جاز» می شود به این معنی که کار او خلاف شرع نیست، ولی معلوم نیست که ما حلیّت وضعی داشته باشیم، آن هم در مقابل حرمت.

ص: ۳۱

البته در بعضـی جاها از حرمت اسـتفاده ی وضـعی شده است که خلط کرده اند، مثل اینکه از آیه ی (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ) (۱) اسـتفاده وضع می شود، ولی در این گونه موارد هم حرمت تکلیفی مراد است، منتهی حرمـان از هر چیزی متناسب با همان چیز است. مثلاً حرمان از نساء مربوط به تمتعات است یا گر گفتنـد: از خوردن این غذا محروم اید، یعنی از خوردن آن محروم اید.

خلاـصه اینکه حرمت هر چیزی به تناسب خودش است و قهراً حرمت تکلیفی در این گونه موارد متوجه اعیان موجودات است. پس بنابراین در آیه ی «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» حلیت راجع به وضع نیست، بلکه به خود تکلیف می خورد، منتهی چون تکلیف جنبه ی مقدمی دارد، می توانیم از آن حکم وضعی را استفاده کنیم، به این معنی که طبق فرمایش آیه، تصرفات را هم جایز بدانیم.

اگر آیه را اینطور معنی بکنیم، دیگر نیازی به تقدیر گرفتن هم نخواهیم داشت.

استدلال به روایت «لایحل مال ...»

یکی دیگر از ادله ای که شیخ به آن استدلال کرده است، روایت «لا یحلّ مال أمرئ مسلم (۲) إلا عن طیب نفسه» (۳) می باشد که روایت نفس طیب را معیار قرار داده است و نفرموده: «عن إذن نفسه»، بلکه فرموده است: «عن طیب نفسه».

پس بنابراین اگر مالک راضی بود، نفس رضایت او کافی است و چیزی بیشتر از این معتبر نیست.

بیان مرحوم آقای خوئی در ردّ استدلال

ص: ۳۲

۱- نساء/سوره۴، آیه۲۳.

۲-

۳- وسایل الشیعه، الشیخ الحر العاملی، ج۱۹، ص۳، ابواب القصاص فی النفس، ب۱، ح۳، ط الإسلامیه.

آقای خوئی، آقای ایروانی و خیلی های دیگر به این استدلال اشکال کرده اند، منتهی آقای خوئی یک مطلب اضافه ای نسبت به دیگران هم دارند. ایشان می فرماید: ما در اصول گفتیم که ابوحنیفه برای عدم دلالت استثناء بر حصر، به روایت «لا صلاه الا بطهور» (۱) و امثال آن اینطور استدلال نموده است که طهارت تنها برای نماز کافی نیست و لذا استثناء دلالت بر حصر ندارد.

آقای خوئی در ادامه می فرماید: ما در ردّ کلام ابوحنیفه گفتیم که استثناء، استثناء حقیقی است، حصر هم حصر حقیقی است، منتهی مقتضای حصر دو جنبه ی سلبی و اثباتی قضیه است. این نوع استثناء ها هم راجع به قضیه ی سلبی قضیه است، به این معنی که بدون رضایت مالک عقد صحیح نیست و هیچ چیزی جای رضایت مالک را نمی گیرد، اگر فلان خدمت را بکند، فلان کار را بکند، جایگزین رضایت مالک نخواهد شد. خلاصه اینکه طبق حصری که در این روایت وجود دارد، هیچ کاری مجوّز صحت عقد نیست، مگر طیب نفس مالک.

پس بنابراین، این استثناء نسبت به جنبه ی اثباتی قضیه اطلاق ندارد و فقط ناظر به قضیه ی سلبی قضیه است. در نتیجه اگر طیب نفس حاصل شد، ولی هیچ شرط دیگری از شرایط عقد نبود، چنین طیب نفسی کفایت نمی کند.

خلاصه استثناء موجود در این روایت، در مقام اطلاق نسبت به قضیه ی اثباتی نیست و نمی توانیم طیب را علی الاطلاق کافی بدانیم و ممکن است کسی بگوید: إذن هم معتبر است و باید مالک طیب نفس خود را اظهار کرده باشد و یا این طیب نفس برای عاقد محرز شده باشد و طیب واقعی تنها کفایت نمی کند، بلکه باید طیب یقینی باشد.

ص: ۳۳

۱- وسائل الشیعه، الشیخ الحر العاملی، ج۱، ص۳۶۵، أبواب الوضوء، ب۱، ح۱، ط آل البیت.

خلاصه اینکه استدلال شیخ به این روایت برای کفایت طیب واقعی، مبتنی بر این است که استثناء موجود در این روایت اطلاق در جنبه ی اثباتی قضیه داشته باشد، ولی چون چنین اطلاقی وجود ندارد و در روایت در مقام بیان چنین چیزی نیست و فقط ناظر به جنبه ی سلبی قضیه است، ما نمی توانیم به اطلاق آن تمسک بکنیم.

استدلال به روایات عقد باکره و عقد عبد

راجع به روایات عقد باکره و عقد عبد هم اینطور جواب داده شده است که عرف این موارد را مانند تقریر و امضاء می داند و خود نفس سکوت در این موارد به منزله ی بله گفتن است و همین سکوت یک نوع کاشف عرفی از رضایت شخص است. کاشف هم چه با فعل باشد و چه با ترک، به منزله ی امضاء و تقریر خواهد بود.

بحث ما در این مسئله بود که شخص امضائی نکرده است، ولی از خارج برای ما کشف شده است که نسبت به فروش مالش رضایت دارد، ولی در این روایاتی که شیخ بیان فرموده است، عرفاً سکوت به منزله ی امضاء و تقریر شمرده می شود و غیر از آن مواردی است که رضایت مالک از خارج برای ما کشف می شود.

البته ممکن است که شیخ برای اثبات فی الجمله ی قول مختارش به این روایات استدلال فرموده باشد، ولی در اثبات فی الجمله هم اشکال وارد خواهد بود و عرف این گونه موارد را امضاء حساب می کند.

شمول عمومات نسبت به عقد شخص نسبت به ملك یا نفس خودش

ص: ۳۴

یک مطلبی که شیخ فرموده و خیلی از آقایان هم (منتهی با یک تفاوت هایی) قبول کرده اند، عبارت از این است که هر چند این عموماتی که از آیات و روایات ذکر شد، شامل مواردی که غیرمالک فضولتاً ملکی را بفروشد، نمی شود، ولی در مواردی که شخص ملک خودش را می فروشد، یا نسبت به خود عقدی را انجام می دهد، منتهی اجازه ی دیگری شرط است، مثل ازدواج مرد با برادرزاده یا خواهرزاده ی زنش، این اطلاقات و عمومات شامل این نوع موارد می شود و می توانیم حکم به صحت این موارد بنماییم.

مُنساق از آیات و روایات عبارت از این بود که عقد راجع به خود شخص باشد و در این موارد هم عقد راجع به خود شخص است، منتهی از دلیل خارج جهات دیگری هم استفاده شده است، مثل اینکه باید أذن شخص دیگری هم گرفته شود و امثال آن.

البته شیخ این مطلب را بر خلاف دیگران، اختصاص به عبد و مالک داده است که در صورت علم به رضا، نه رضایت واقعی، این حکم وجود دارد.

سایر آقایان قائل به توسعه شده و این حکم را در همه ی موارد جاری می دانند، البته آقای خوئی می فرمایند که این حکم اختصاص به جایی ندارد که غیرمالک علم به رضایت مالک داشته باشد، بلکه اگر مالک واقعاً هم راضی بوده باشد، کفایت می کند. ایشان می خواهند بگویند که چون این قید خارجی است، ما به آن مقداری که مسلم و یقینی است، اخذ می کنیم نه به موارد مشکوک.

نظر استاد

ولی به نظر ما چنین چیزی محل اشکال است، زیرا عرض کردیم که آیه ی «أوفوا بالعقود» به معنای «الزام ما هو المشروع» است، در نتیجه راجع به مشروعیت یک عقد، اصلاً نمی توانیم به آن تمسک کنیم.

راجع به آیه ی(إِلاّـ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) (۱) هم آقای خوئی فرمودند: این آیه اختصاص به مالکین دارد و طبق اضافه ای که در عبارت (لاـ تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ) وجود دارد، اضافه ی ملکی به مالکی است که مورد خطاب است و عقد دیگران بی فایده است.

اگر هم مالک را مالک عقد بدانیم و مراد کسانی باشد که بر عقد سلطه دارند، نه بر عین، در این صورت هم وقتی نمی دانیم که آیا مثلاً اذن خاله و عمه در یک عقدی معتبر است یا نه و آیا رضایت واقعی کفایت می کند یا باید استیذان بشود، چون علم به این مطلب نداریم، قهراً شخص نمی داند که آیا سلطه بر عقد دارد یا ندارد؟ و سلطه بر عقد مشکوک خواهد بود و نمی توانیم به اطلاق این آیات تمسک بکنیم و چنین چیزی باید از جای دیگر استفاده بشود. البته اگر از جای دیگر بتوانیم تصحیح بکنیم، حرف دیگری خواهد بود.

خروج عقدِ با رضایت از فضولی بودن ۹۳/۰۶/۲۶

.Your browser does not support the audio tag

موضوع:خروج عقدِ با رضایت از فضولی بودن

خلاصه درس:

استاد در ابتدای جلسه به تمسک شیخ برای خارج بودن عقد با رضایت از فضولی بودن، به آیه ی «تجاره عن تراضٍ» اشاره نموده و دو احتمال در اضافه ی «اموالکم» را بیان می فرمایند. ایشان با استناد به موارد متعدد استعمال این نوع اضافه در قرآن، اضافه در آیه ی مورد بحث را اضافه به مالک عین دانسته و برخی اشکالات در این احتمال و جواب آن را مطرح می فرمایند.

۱- نساء/سوره۴، آیه۲۹.

استاد سپس به تعبیرات مرحله ای شیخ (لو سلم) اشاره نموده و برخی تسامحات در برداشت از کلام شیخ را بیان می فرمایند.

ایشان در آخر بحث، نظر خود مبنی بر لزوم انشاء به شکل فعلی، قولی و.. در لازم شدن عقد وخروج از فضولی بودن را مطرح می فرمایند.

تمسک به «تجاره عن تراضٍ» برای خروج عقد با رضایت از فضولی بودن

ما دیروز عرض کردیم به آیه ی (لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکَمْ بَیْنَکَمْ بِالْباطِلِ إلا أن تکونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) (۱) تمسک کرده و گفته اند که اگر مالک عقدی را احداث بکند، ولی دیگران هم راجع به آن حقی داشته باشند، دیگر نیازی به انشاء صاحب حق نیست، بلکه رضایت تنها کافی است.

یکی از آیاتی که دالّ بر این مطلب دانسته شده است، آیه ی (إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) است.

به این آیه اینطور استدلال شده است که هر چند مراد از تجارت، تجارت خود شخص است و شامل تجارت های غیر مالک و فضولی نمی شود؛ منتهی یک قیدی در روایات وارد شده که باید حق دیگری هم رعایت بشود و آن مقداری که مسلم است، اشتراط رضایت صاحب حق است و در مازاد بر این، به این نوع ادله تمسک می نماییم.

دو احتمال در آیه: اضافه ی «اموالکم» به مالک عین یا مالک عقد

ما دیروز عرض کردیم که در عبارت «اموالکم» دو احتمال وجود دارد:

احتمال اول عبارت از این است که این اضافه را اضافه ی ملکی بدانیم و در نتیجه خطاب به مالکین خواهد بود، به این معنی که آیه به مالکین می فرماید: شما ملکی دارید و آن را به طریق باطل مصرف نکنید.

۱- نساء/سوره۴، آیه۲۹.

طبق این احتمـال، ممکن است که بتوانیم به این آیه اسـتدلال بکنیم، زیرا فرض مسـئله این است که مالـک عقـد را انجـام داده است و بیشتر از رضـایت دیگری (صـاحب حق) هم چیزی معتبر نیست و صـرف رضـایت او کفایت می کنـد. بنابراین طبق این احتمال می توانیم به این آیه تمسک بنماییم.

احتمـال دوم عبـارت از این است که این اضـافه، اضـافه ی ولا-یتی باشـد، نه اضـافه ی ملکی عین به شـخص مالـک. به عبارت دیگر، این احتمـال در آیه وجـود دارد که اضـافه ی عین به ولیّ باشـد، نه اضافه ی عین به مالـک و قهراً اگر اینطور باشـد، در فرض مسـئله ما شـبهه خواهیم داشت که آیا این شخص مالک، ولایت بر عقد دارد یا ندارد و مسئله از موارد شبهه ی مصداقیه خود عام خواهد بود و در نتیجه نمی توانیم به آیه تمسک بکنیم.

این عرض دیروز ما بود، ولی بنـده به معجم المفهرس مراجعه کردم و تمام مواردی که «اموال» به صـیغه ی جمع مثل «اموالکم» یا «اموالهم» یا «اموال الیتامی» و امثال آن و یا به صیغه ی مفرد اضافه شده است را مورد بررسی قرار دادم. در ۴۷ مورد اضافه به جمع واقع شده و در ۷ مورد هم اضافه به صیغه ی مفرد. اضافه در تمام این موارد، بجز یک مورد، اضافه ی ملکی است.

تنهـا موردی که اضافه به صورت اضافه ی ملکی نیست، آیه ی (وَ لا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَكُمُ الَّتی جَعَلَ اللّهُ لَكُمْ قِیامًا) (۱) است و در باقی ۵۳ مورد، اضافه، اضافه ی به مالک عین است، نه اضافه به مالک عقد.

ص: ۳۸

۱- نساء/سوره۴، آیه۵.

در این آیـه هم اگر بـا عبـارت (الَّتی جَعَـلَ اللّهُ لَکَمْ قِیامًـا) تصـریح به اضـافه ی ولاـیتی نمی شـد و به صـورت مطلـق عبـارت «اموالکم» بیـان می شـد، همان اضافه ی ملکی به ذهن متبادر می شـد و لـذا برای جلوگیری از این اشـتباه، تصـریح به اضافه ی ولایتی شده است.

خلاـصه اینکه بنـده بعـد از مراجعه به نظرم آمـد که طبق فرمـایش آقایان، اضافه ی «اموالکم»، اضافه ی به مالک عین است، نه مالک عقد.

اشکال در صورت اضافه ی «اموالکم» به مالک عین

البته طبق این معنی اشکالاتی پیش خواهد آمد که باید معنای آیه را به گونه ای تقریب بکنیم که این اشکالات رفع بشود.

یکی از این اشکالات عبارت از این است که آیه ی (إِلاّ أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) ظاهر در این است که مقصود از رضایت، رضـایت شـخص مالـک تاجر است، ولی مورد بحث ما راجع به مسئله ای که رضایت شـخص دیگری معتبر در عقـد باشـد. و خلاـصه اینکه مورد بحث مـا بر خلاـف ظـاهر آیه ی «تِجـارَةً عَنْ تَراضٍ» می باشـد، به خصوص اینکه کلمه ی «عن» به معنـای صـدور تجارت از رضایت اوست. در حالی که ادعاء اولی شـیخ عبارت از این است که وقتی مالک تجارتی را انجام می دهد، اصلاً لازم نیست که علم به رضایت ذی حق داشته باشد و صرف رضایت ذی حق در مقام ثبوت را کافی دانسته است.

پس بنابراین هم کلمه «عن» بر خلاف ظاهر مسئله ی مورد بحث ماست و هم (تجارةً) ظهور در این دارد که تجارت و رضایت مربوط به یـک شـخص است، نه اینکه تجارت مربوط به یک نفر و رضایت هم مربوط به شـخص دیگر باشـد و این بر خلاف ظاهر آیه است.

ص: ۳۹

پس بنـابراین بـا این تقریب این اشـکال وارد خواد بود؛ ولی ممکن است برخی از آقایان مثل آقای خوئی و مرحوم ایروانی که مسئله ی مورد بحث، تمسک به این آیه را پذیرفته اند، نخواسته اند به عبارت «عَنْ تَراضٍ» تمسک کنند، بلکه مقصودشان این باشـد که شـخص مالـك از روی رضایت تجارتی را انجام داده است و به دلیل خارج هم برای ما ثابت شـده است که شـخص دیگری هم نسـبت به این تجـارت حق دارد و قهراً بایـد رضـایت او هم ملاحظه بشود. بنابراین رضایتی که در آیه به آن اشاره شده است، ناظر به رضایت خود مالك است و رضایت شـخص دیگر هم از ادله ی دیگر استفاده می شود و باید در نظر گرفته بشود که آیا رضایت دیگری هم نیاز به انشاء یا إذن یا علم به رضا دارد و یا اینکه مطلق رضا کفایت می کند؟

این آقایان می گوینـد: قـدر مسـلم این است که صورتی که اصـلاً رضایتی نباشـد، خارج است؛ اما اگر رضایت باشد، دلیلی بر تقیید و اخراج از تحت عام نداریم و لذا می توانیم به این آیه تمسک بکنیم.

خلاـصه اینکه شایـد مراد آقایـان در تمسـك به این آیه این باشـد، نه اینکه بخواهنـد به عبـارت «عن تراضٍ» تمسـك بکننـد تا اشکالی که ما بیان کردیم، پیش بیاید.

نظرات مرحله ای شیخ در مورد بحث (تعبیر به «لوسلم»)

شیـخ بعـد از اینکه رضایت ثبوتی را برای لزوم عقد و خروج آن از فضولی بودن کافی دانسـته است، چند بار تعبیر به «لوسـلم» کرده است، به این معنی که اگر مـا این مطلب را قبول نکنیم، ممکن است مطلب دیگری را بگوییم و خلاصه اینکه ایشان چند مطلب دیگر را مورد اشاره قرار می دهند و آقایان هم بدون اینکه در فرمایش شیخ تأملی بکنند، آن را بیّن البطلان دانسته اند و به گونه ای بر فرمایش شیخ اشکال کرده اند که کأنّ شیخ بدون تصور، عبائری را بیان نموده است!

ص: ۴۰

شیخ تعبیر می کند که اگر بر فرض هم قبول بکنیم که چنین عقدی - که فرض مورد بحث ماست - فضولی است؛ ولی باید بدانیم که هر فضولی احتیاج به اجازه ندارد. و در این مسئله هم هر چند عقد، فضولی است، ولی احتیاج به اجازه ندارد.

آقایان به شیخ اینطور اشکال می کنند که بحث ما در لغت فضولی و در تسمیه ی فضولی نیست که اسم این فرض را فضولی بگذاریم یا نه؛ بلکه بحث در این است که آیا در فرض مورد بحث احتیاج به اجازه داریم یا نه؟ شما می گویید که ما فضولی بودن را قبول کردیم، ولی احتیاج به اجازه ندارد. چطور شما فضولی بودن را قبول کردید، ولی می گویید که احتیاج به اجازه نداریم؟! اگر این عقد احتیاج به اجازه ندارد، معنایش این است که فضولی نیست.

اگر این تقریب را برای «لوسلم» شیخ در نظر بگیریم، این اشکال روشن و واضح بر فرمایش ایشان وارد خواهد بود و ما نمی توانیم بگوییم که شیخ متوجه چنین اشکال روشنی نبوده و التفات به بیّن الفساد بودن این مطلب نداشته است!

به نظر می رسد که نظر شیخ این باشد که طرف مقابل ایشان قائل به این است که این عقد، فضولی است و احتیاج به اجازه دارد، ولی ایشان می فرماید: اولاً ـ این عقد، فضولی نیست، یعنی عقدی لازم است و مولی، مالك و دیگران باید ترتیب اثر بدهند، اگر عاقد رضایت را احراز کرد، باید ترتیب اثر بدهد.

این در درجه ی اول بود، ولی اگر این مطلبِ اول را نپذیریم و عقد را فضولی بدانیم، معنایش این خواهد بود که به نفس عقد الزام حاصل نمی شود و باید چیزی دیگری ضمیمه بشود تا این عقد لازم بشود. ایشان می فرماید: لزومی ندارد که ما حتماً اجازه را ضمیمه ی عقد بکنیم تا عقد لازم بشود، بلکه رضایت فعلی در لزوم عقد کفایت می کند.

ص: ۴۱

مختار شیخ در مرحله ی اول، عبارت از این بود که اگر رضایت وجود داشت، چه رضایت مستکشف و چه غیر مستکشف، عقد خارج از فضولی خواهد بود، ولی در مرحله ی دوم می فرماید که اگر هم عقد را فضولی بدانیم و برای لزوم عقد نیاز به ضمیمه داشته باشیم، از ادله استفاده می کنیم که رضایت فعلی کافی خواهد بود، به این معنی که اگر گاهی شما می گویید: فلان کس راضی است که من به خانه اش بروم، در حالی که صاحب خانه اصلاً تصور چنین چیزی را نکرده است، ولی اینکه شما می گویید: راضی است، به این معناست که اگر تصور رفتن شما به خانه اش را بکند، حالت منتظره ی دیگری ندارد و به دنبال تصور این مطلب، رضایت برای او حاصل خواهد بود. در اینجا رضایت تعلیقی و تقدیری است، ولی گاهی هم شخص تصور نموده و رضایت فعلی برای او حاصل شده است.

شیخ می فرماید که معمولاً رضایت به معنای رضایت تقدیری و تعلیقی است و در مرحله ی اول هم این معنی را اختیار می فرماید، ولی در ادامه می گوید که اگر شما رضایت تعلیقی را کافی ندانستید و به مجرد عقد، لزوم حاصل نشده باشد، ولی هر وقت مولا یا مالک تصور کرد و رضایت فعلیه برای او حاصل شد، کفایت در لزوم عقد خواهد کرد و چیزی بیشتر از این معتبر نیست و نیازی به اجازه نخواهد بود.

اگر هم بگوییم که بر اساس بنای عقلاء، صرف رضایت ثبوتی کافی نیست، ولی باز هم اگر رضایت مولا یا مالک احراز شود، همین در لزوم عقد کافی خواهد بود.

ص: ۴۲

خلاصه اینکه ایشان می فرمایند: ولو این عقد در ابتداء فضولی است و لزومی حاصل نشده است، ولی با رضایت فعلی و بدون اجازه، نقل و انتقال واقع می شود و ممکن است ما قائل به این مطلب بشویم، منتهی در برخی موارد به صورت کلی است و در برخی دیگر هم تفصیل وجود دارد.

و اما در صورتی که بر اساس ادله، حتی رضایت فعلی را هم کافی ندانیم، باز ممکن است بگوییم که رضایت قبل از عقد کفایت نمی کند، ولی رضایت بعد از عقد کافی است.

مواردی مثل سکوت باکره داخل در إذن است، زیرا إذن گاهی با قول است و گاهی هم با فعل واقع می گردد. خلاصه این موارد از مصادیق إذن است، ولی در برخی موارد اینطور نیست، مثل اینکه وقتی مالک عبد متوجه می شود که عبد نکاحی انجام داده و حرفی نمی زند، این سکوت مانند سکوت باکره، عرفاً انشاء شمرده نمی شود. این مورد مانند سکوت باکره نیست و فقط رضایت مولی به عمل عبد است که به قرینه ی این روایت، همین علم به رضایت بعد از تحقق عقد کفایت می کند ولو اینکه علم به رضا قبل از عقد کفایت نکند و احتیاج به انشاء با فعل یا ترک باشد، اما بعد از اینکه عقد محقق شده است، علم به رضایت کافی است و نیازی به انشاء نیست.

خلاصه اینکه شیخ می فرماید: اگر هم این عقد را فضولی بدانیم، ولی علی وجه الاطلاق نمی توانیم بگوییم که در همه جا احتیاج به انشاء اجازه داریم، بلکه در برخی موارد نیازی به انشاء اجازه بعد از عقد نیست و صرف علم به رضایت کافی است.

ص: ۴۳

پس بنـابراین اینها مراحلی است که شـیخ بیان کرده است و اینطور نیست که تعابیر «لوسـلم» شـیخ را بیّن البطلان بـدانیم و طبق فرمایش شیخ، اگر مراحل قبلی ایشان را نپذیریم، در برخی مصادیق می توانیم قائل به مراحل بعدی بشویم.

آن مطلبی که شیخ می فرماید و انسان بالوجدان می فهمد، عبارت از این است که در تصرفات خارجی تکوینی، علم به رضای فعلی یا تقدیری کفایت می کند، ولی بحث ما در این است که آیا نقل و انتقال هم حاصل می شود یا نه؟

آقـای خوئی در اینجـا می گویـد: مـا نمی خواهیم بگوییم که در تحقق خـارجی اشـخاص، آیـا رضایت معتبر است یا نه؟ بلکه مورد بحث ما در این است که آیا این امر اعتباری (نقل و انتقال) به وسیله ی رضایت حاصل می شود یا نه؟

در این بحث ایشان تسامح وجود دارد، زیرا بحث در این است که آیا جواز تکلیفی است یا جواز وضعی؟ جواز تکلیفی هم امر اعتباری است، جواز وضعی هم امر اعتباری است. بحث شیخ در این نیست که بدون رضایت، آیا خارجاً چیزی محقق می شود یا نه، این مطلب معلوم است که در صورت إکراه و بـدون رضایت هم خارجاً تحقق حاصل می شود و اصـلاً بحث ما در تحقق امر تکوینی خارجی نیست؛ بلکه بحث در حصول یک امر اعتباری است. هم تکلیف از امور اعتباری است و هم نقل و انتقال و امثال آن که از امور وضعی اعتباری می باشند.

بنابراین تعبیر ایشان از تکلیف به امر خارجی، تعبیری تسامحی است و درست نمی باشد.

ص: ۴۴

آنچه که ما عرض می کنیم، عبارت از این است که به حسب حکم تکلیفی اگر انسان بخواهد در قیامت مسئول نباشد و عقاب نشود، آیا علم به رضا لازم است یا رضایت هم کفایت می کند؟

قدر متیقن این است که علم به رضا کافی است و اگر انسان بداند که صاحبش راضی است، عقابی برای او نخواهد بود.

پرسش: یعنی در عین حالی که علم به رضایت دارد و عقیده اش این است که معامله باطل است؟

پاسخ: نه، فرض ما این است که او متوجه این مسئله نشده است که چنین معامله ای واقع شده است یا نه.

ما می گوییم که شرعاً باطل است و نقل و انتقال حاصل نشده است. متعارف اشخاص در این امور به نفس علم به رضا، می توانند تصرف خارجی بکنند، ولی اینکه در چنین مواردی معامله ملکیت بشود و بخواهند ترتیب اثر بدهند، نفس رضایت ثبوتی یا حتی علم به رضایت هم کفایت نمی کند و احتیاج به انشاء داریم.

پرسش: ...

پاسخ: برای تصرف علم به رضایت کافی است.

پرسش: ...

پاسخ: عرض بنده این است که جواز تصرف خارجی اصلاً نیازی به انشاء ندارد، ولی اگر بحث در حصول نقل وانتقال باشد، رضایت تقدیری کذائی کفایت نمی کند. مثلاً اگر ارزش ملك کسی ۵۰ میلیون باشد و شخصی بخواهد این ملك را به ۲۰۰ میلیون بفروشد، یقیناً مالك راضی به این کار است، ولی آیا با صرف رضایت مالك، اگر این ملك فروخته شود، نقل وانتقال حاصل می گردد و باید مالك ملزم به این بیع باشد؟!

یـا مثلاًـ در باب نکاح اگر یک زنی که از هر جهت در شـرایط عالی باشـد، از جهت اخلاق و قیافه و خانواده و مهریه ی کم و امثال آن، یقیناً هر کسی راضی به داشتن چنین زنی است، ولی آیا با انجام عقد توسط دیگری و به صرف رضایت شخص، این عقد نکاح برای او واقع می شود و ازدواج بین این دو محقق می گردد؟!

امر اعتباری یقیناً با علم به رضا تحقق پیـدا نمی کنـد و حتی اگر رضایت فعلی هم حاصل باشد، باز هم عندالعقلاء الزامی برای شخص ایجاد نمی کند.

نظر استاد در مسئله (لزوم انشاء به اشکال مختلف)

پس بنـابراین به نظر می رسـد که حق در مسئله این است که عقـد بـدون انشـاء به صـرف رضایت ثبوتی یا علم به رضایت، از فضولی بودن خـارج نمی گردد، منتهی عرفاً گـاهی انشـاء بـا فعـل است و گـاهی با ترک و آن بحث دیگری است. گاهی هم انشاء با یک عمل خارجی مثل تکان دادن دست و امثال آن است، گاهی هم با سکوت و عرفاً انشاء به اشکال مختلفی واقع می شود که این بحث، مطلب دیگری است.

فضولی ۹۳/۰۶/۲۹

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: نظرات علماء راجع به عقد فضولی

خلاصه درس:

اسـتاد در ابتداء به نظرات علماء راجع به عقد فضولی اشاره نموده و به بررسی مجموع نظرات علماء در این باب می پردازند که در نتیجه اکثریت علماء قبل از محقق قائل به بطلان و اکثریت بعد از محقق قائل به صحت تأهلی بوده اند.

ایشان در ادامه بحث به تسامح شـیخ در نقل از غایه المراد و تذکره اشاره فرموده و در آخر به ذکر ادله ی صـحت و تمسک به عمومات واطلاقات می پردازند.

ص: ۴۶

نظرات علماء راجع به فضولی

شـیخ راجع به فضولی می فرمایند: مشـهور بین علماء عبارت از این است که فضولی باطل نیست و با اجازه تصـحیح می شود و صحت تأهلی دارد مشـهور می گوینـد. عـده ای دیگر هم تعبیر به مشـهور کرده اند مثل محمد بن شـجاع قطان در کتاب معالم اش و برخی هم تعبیر به اشهر و اکثر کرده اند. بعضی ها هم نسبت به این قول (صحت تأهلی) تعبیر قریب به اجماع نموده اند.

شـیخ از علاـمه نقـل می کنـد که: «علمائنـا » قائـل به این انـد که فضولی بـا اجازه تصـحیح می شود. در جای دیگر هم تعبیر به

«عنـدنا» شـده است که آن هم ظـاهر در «عنـد علمائنا» می باشـد، منتهی در ادامه اینطور تعبیر نموده است که قول بر خلاف نیز وجود دارد.

عدم شهرت قول به صحت تأهلی فضولی

اینهـا مطـالبی است که آقایان نقل کرده انـد، ولی بنـده به اقوال مختلف مراجعه کردم و دیـدم که نه اجماعی راجع به این قول وجود دارد و نه قول مشهوری و حتی مشکل است که اشهری هم در کار باشد.

در نقلی هم که شیخ از غایه المراد و تذکره نموده است، یک نحوه تسامحی وجود دارد.

اختلاف نظر علماء قبل و بعد از محقق

بر اساس مراجعه ای که ما با کتب مختلف نمودیم، اکثر علماء قبل از محقق قائل به بطلان فضولی هستند و صحت تأهلی آن را قبول ندارند، منتهی تعداد قائلین به بطلان به حدّی نیست که تعبیر به مشـهور بکنیم، بلکه اشهر و اکثر علماء قبل از محقق، قائل به بطلان هستند.

ص: ۴۷

همچنین اکثریت علماء بعد از محقق نظر به صحت فضولی داشته و قائل به این هستند که فضولی با اجازه فعلیت پیدا می کند. البته تعداد قائلین به صحت بعد از محقق هم به اندازه ای نیست که تعبیر به مشهور بنماییم و قول طرف مقابل در حدّ ندرت باشد.

قبل از علامه، کسانی که از اقدمین قائل به صحت فضولی شدند، یکی ابن جنید است که کتابش در دسترس ما نیست، دیگری شیخ مفید است که در مقنعه حکم به صحت فضولی نموده است.

همچنین شیخ طوسی در نهایه و در بحث نکاحِ کتابِ خلاف، بحث فضولی را مطرح نموده وسپس به بیع فضولی اشاره نموده و حکم به صحت آن و حکم به بطلان شراء فضولی کرده است.

خلاصه اینکه، مرحوم شیخ طوسی بیع فضولی را موقوف به اجازه دانسته است، ولی حکم به بطلان شراء فضولی نموده است.

چهارمین کتابی که از اقدمین که حکم به صحت بیع فضولی کرده است، کتاب وسیله ی ابن حمزه است.

بنابراین در این چهار مورد به انضمام قول ابن جنید، حکم به صحت فضولی شده است، ولی در مقابل، شیخ طوسی در مبسوط حکم به بطلان فضولی نموده است، در باب بیع خلاف هم دعوای اجماع بر بطلان فضولی نموده است.

شیخ طوسی در باب نکاح، بین بیع فضولی و شراء فضولی فرق گذاشته است، ولی در باب نکاح حکم به بطلان هر دو نموده و دعوای اجماع هم کرده است.

ابوالصلاح در کافی حکم به بطلان کرده است، ظاهر کلام سلار حکم به بطلان است، ابن ادریس حکم به بطلان کرده است، ابن زهره در غنیه حکم به بطلان کرده است، همچنین، کیذری در اصباح حکم به بطلان کرده است، ابن براج هم حکم به بطلان نموده است و خلاصه اینکه، قبل از محقق، در هشت کتاب حکم به بطلان ذکر شده است.

البته بعد از محقق، اکثریت علماء قائل به صحت تأهلی فضولی هستند، ولی تعداد قائلین به اندازه ای نیست که تعبیر به مشهور بکنیم، حتی تعبیر به اشهر علی وجه الاطلاق هم نمی توانیم بکنیم، هر چند نسبت به زمان بعد از محقق می توانیم تعبیر به اشهر بنماییم.

یکی از نشانه های پختگی کلمات محقق همین است که خیلی از فتاوای ایشان مورد پذیرش علماء قرار گرفته و مشهور شده است. این مطلب نشانگر دقت فکری ایشان می باشد.

پرسش...

پاسخ: مخالفین نظر محقق در حدّ ندرت نیستند، بلکه بعضی فتوی داده اند، بعضی هم تردید نموده و فقط نقل قول اکثر پرداخته و اظهار نظری ننموده اند. البته اکثریت علماء بعد از محقق صحت تأهلی را پذیرفته اند.

تسامح شیخ در نقل عبارت غایه المراد

عبارتی که شیخ از غایه المراد نقل کرده است، این است:

«و فی غایه المراد حکی الصحه عن العُمانی، و المفید، و المرتضی و الشیخ فی النهایه و سلار و الحلبی، و القاضی، و ابن حمزه، و حکی عن الاسکافی (۱) و استقر علیه رأی من تأخر، عدا فخر الدین، و بعض متأخری المتأخرین کالاردبیلی، و السید الداماد، و بعض متأخری المحدثین (۲) ».

اینکه بنده عرض می کنم در نقل از غایه المراد تسامح شده است، به این جهت است که غایه المراد در کتاب النکاح بحث فضولی را مطرح کرده و نظرات علماء را نسبت به صحت نکاح فضولی بیان فرموده است، نه صحت بیع فضولی، در حالی که بحث شیخ فعلاً راجع به بیع فضولی است.

ص: ۴۹

-۱

-۲

نقل برخی از نظرات قدماء

بنده به چند مورد از مواردی که ایشان اسم برده است، مانند سلار، حلبی، قاضی و مرتضی مراجعه کردم و سیدمرتضی که در باب نکاح ناصریات قائل به صحت نکاح فضولی شده، در باب بیع اصلاً اشاره ای به بیع فضولی ننموده است. در سه مورد دیگر هم هر چند در نکاح قائل به صحت شده اند، ولی در باب بیع نظرشان بر خلاف آن چیزی است که شیخ نقل می فرماید.

نظر حلبی در کافی

ابوالصلاح در کافی تحت عنوان: «فی عقد البیع و شروط صحته و أحکامه» اینطور تعبیر می کند:

«تفتقر صحته (۱) الی شروط ثمانیه: صحه الولایه فی المبیعین (۲) »، یعنی باید شخص واجد عقل و درایت بوده و ولایت داشته باشد. ولایت هم به معنای أعم است و یا مالک است و نسبت به ملک خودش ولایت دارد و یا اینکه ولی شخصی است و نسبت به مال او ولایت دارد.

بعد هم تعبیر می کند: «اعتبرنا صحه الولایه لتأثیر حصولها فی صحه العقد و عدم ذلک فی فساده»، علت ایکه ما ولایت را شرط دانستیم، عبارت از این است که حصول ولایت با ملکیت یا إذن و امثال آن تأثیر در صحت عقد دارد و اگر شخصی واجد ولایت نباشد، عقد فاسد است.

این تعبیر ابوالصلاح حلبی است.

تعبیر سلار در مراسم

در مراسم هم اینطور تعبیر شده است:

«من شرایط البیع أن یکون المبیع ملک البائع أو ملک موکله، أو یکون أب المالک و یکون هو صغیرا: فإنه یبیع علیه بلا ردّ»، یکی از شرایط اصلِ بیع این است که مبیع ملک بایع یا ملک موکلش باشد و یا اینکه شخص ولایت داشته باشد مانند پدری که نسبت به فرزند صغیرش ولایت دارد.

ص: ۵۰

۱-

۲- الکافی للحلبی، أبو الصلاح الحلبی، ج۱، ص۳۵۲.

ایشان در مقام بیان شرط لزوم بیع نیست، بلکه بحث در شرایطی است که در اصل صحت بیع دخالت دارد.

تعبیر ابن براج در مهذب

ابن براج هم در مهـذب می گوید: «عقد البیع لا تصح الا بشـروط و هی ثبوت الولایه فی المبیعین اما بملک، أو اذن، أو ما یقوم مقامه ... و إذا باع إنسان ما لیس بملک له من غیر اذن أو ما یقوم مقام الاذن (۱) کان جمیع ذلک باطلاً و البیع فاسداً» (۲)

خلاصه اینکه با بررسـی این عبائر روشن می شود که غایه المراد نظر اشـخاص راجع به نکاح فضولی را نقل نموده است و قول به صحت این اشخاص راجع به باب نکاح است، نه باب بیع. تمام کسانی که به عنوان قائل به صحت بیع فضولی اسم شان ذکر شده است، در باب نکاح قائل به صحت اند، نه در باب بیع.

تسامح شیخ در نقل از تذکره

شیخ در نقل از تذکره هم یک نحوه تسامحی دارد. شیخ اینطور تعبیر می فرماید:

«و المشهور الصحه، بل فی التذکره نسبها الی علمائنا تاره صریحاً و اخری ظاهراً بقوله: عندنا، إلا أنه ذکر عقیب ذلک أن لنا فیه قولاً بالبطلان».

در جـایی که علاـمه «قولٌ بالبطلاـن» را ذکر می کنـد، قبلش نه تعبیر به «عنـدنا» شـده است و نه تعبیر به «علمائنا» دارد و فقط به فتوای خودش اشاره نموده است.

علامه در جلد ۱۰، ص ۱۴ اینطور تعبیر می فرماید:

«فلو بـاع الفضولی، صـحّ، و وقف علی إجازه المالک» (۳) ، بعـد از چنـد سـطر هم می گوید: «هو قولٌ لنا» یعنی بطلان بیع قول ماست و قبل از این بیان هیچ اشاره ای به اینکه مشهور یا علماء قائل به چه چیزی هستند، نشده است و هیچ تعبیری به «عندنا» یا «علمائنا» نشده است.

۱-

۲- المهذب، القاضی ابن البراج، ج ۱، ص ۳۵۰.

۳- تذکره الفقهاء، العلامه الحلی، ج ۱۰، ص ۱۴.

البته ایشـان در دو جا فضولی را مطرح نموده است: یکی در شـرایط متعاقـدین است که بایـد ولایت بر عقـد داشـته باشـند یا به جهت مالک بودن و یا به جهات دیگر، یکی هم در بحث شرایط عوضین است که باید عوضین مملوک یا مأذون باشند.

در بـاب عوضـین تعبیر به «عنـدنا» کرده است، ولی در مقابلش تعبیر به «قول لنا» نـدارد، بلکه تعبیر به «قول لنا» در بحث شـرایط متعاقدین است که قبل از آن تعبیر به «عندنا» یا تعبیر به «علمائنا» نشده است.

البته در شرایط متعاقدین «علمائنا» را ذکر کرده است، ولی این تعبیر ارتباطی به بحث تصحیح عقد فضولی با اجازه و بطلان آن با عدم اجازه ندارد و مربوط به بحث دیگری است.

ایشـان یـک مسـئله ی دیگری را مطرح نموده و می فرمایـد که علمـاء قائل به این مطلب هسـتند. در مسـئله ای که ایشان مطرح نموده است، عقدی واقع شده است و علی کلاالتقدیرین صحیح است، منتهی در یک فرض عقد برای غیر عاقد واقع می شود و در فرض دیگر هم عقد برای عاقد واقع می شود. در این مسـئله ای که ایشان ذکر کرده است، اگر شـخص دیگر عقد را امضاء کرد، برای او واقع می شود و اگر امضاء نکرد، عقد برای عاقد واقع می گردد. علی کل تقدیر، در این مسـئله عقد صحیح است و اختلاف در این است که این عقـد برای چه کسـی واقع می شود. علامه در این مسـئله می فرمایـد: «علمائنا» حکم به صـحت کرده اند و این مسـئله غیر از مسـئله ی مورد بحث ماست که بگوییم: در صورت نبود اجازه، قائل به بطلان عقد بشویم و علامه هم از آن تعبیر به «قولٌ لنا» فرموده است.

خلاصه اینکه این دو مسئله متفاوت از هم می باشند.

ایشان در بحث شروط متعاقدین فتوای خودش را ذکر نموده و تعبیر به «قولٌ بالبطلان» می نماید و بعد هم یک مسئله ی دیگری را عنوان می کند که عبارت از شراء فضولی است نه بیع فضولی.

در بیان این مسئله اینطور تعبیر می فرماید:

«لو اشتری فضولیّا، فإن کان بعین مال الغیر، فالخلاف فی البطلان و الوقف علی الاجازه» (۱) ، یعنی در جایی که شراء به عین مال غیر باشد، همان اختلاف وجود خواهد داشت که آیا این شراء باطل است یا با اجازه تصحیح می شود؟

«و إن کان فی الذمّه لغیره»، یعنی تصریح نکرده است، ولی نیتش این است که این شیء را برای غیر بخرد.

«و إن کان فی الذمّه لغیره»، یعنی «قَصَدَ » غیر او را.. برای خاطر او

«و أطلق اللفظ»، اسم هم نبرده است که در ذمه ی من است یا در ذمه ی زید است.

یا ممکن است که تعبیر «أطلق اللفظ» عبارت از این باشد که در لفظ اسم زید را نبرده است، ولی در قلبش زید را نیت کرده است و اطلاق هم از ناحیه ی ما فی الذمه است و هم از ناحیه ی آن کسی که می خواهد برای او بخرد.

«قال علماؤنا: یقف علی الإجازه». در اینجا تعبیر به «علمائنا» شده است.

«فإن أجازه، صحّ، و لزمه أداء الثمن»، اگر اجازه داد، باید مجیز ثمنش را بدهد.

«و إن ردّه، نفذ عن المباشر»، اگر او ردّ کرد، این شراء برای مباشر عقد واقع می شود.

۱- تذکره الفقهاء، العلامه الحلی، ج ۱۰، ص۱۵.

بعد هم می گوید: «و إنّما یصحّ الشراء»، شراء چرا تصحیح شده است؟ «لأنّه تصرّف فی ذمّته لا فی مال غیره»، تصرف در مال غیر نیست تا آن بحثها مطرح بشود که که آیا موقوف است یا نه؟

خلاصه اینکه این عقد علی کل تقدیر صحیح است.

«لأنّه تصرّف فی ذمّته لا فی مال غیره و إنّما وقف علی الإجازه لأنّه قصد الشراء له»، چون از نظر نیت شراء را برای آن او انجام داده است، موقوف بر اجازه ی او می باشد.

«فإن أجازه، لزمه، و إنّ ردّه، لزم من اشتراه».

پس بنابراین این تعبیر «علمائنا» ربطی به مسئله ی مورد بحث ما ندارد و مربوط به مسئله ی دیگری است.

در ص۲۱۵ هم در بحث شرایط عوضین می فرماید: «بیع الفضولی جائز عندنا لکن یکون موقوفاً علی إجازه المالك، فإن أجاز البیع، لزم، و إلّا بطل» (۱) و بعد هم می فرماید: «لا فرق بین البیع و الشراء».

خلاصه اینکه در نقل فرمایش ایشان مسامحه ای واقع شده است و به نظر ایشان به این شکلی که بیان شده است، نیست و اکثر متقدمین بر محقق، قائل به بطلان هستند، بعد از محقق هم عده ای قائل به بطلان شده اند، منتهی اکثریت قائل به صحت می باشند.

ذکر ادله ی صحت تأهلی

تمسک به اصاله العموم یا اصاله الاطلاق

دلیل این مسئله را هم عمومات یا اطلاقات ذکر کرده اند.

شیخ می فرمایند: «أوفوا بالعقود» حکم می کند که عقود لازم المراعاه باشد، منتهی اگر دلیل خارج نداشتیم، می گفتیم که احتیاج به اجازه هم

۱- تذکره الفقهاء، العلامه الحلی، ج ۱۰، ص۲۱۵.

نیست، ولی دلیل خارج داریم و باید یک قیدی را در نظر بگیریم، منتهی نسبت به لزوم تقارن این قید (اجازه یا رضایت) به عمومات تمسک کرده و حکم به صحت معامله می کنیم.

البته نکته ای که باید به آن اشاره بکنیم، این است که تمسک به عام متوقف بر این نیست که ما هر قطعه ای از زمان را مصداقی برای عام فرض کنیم.

شیخ هم در رسائل و هم جای دیگر بحث می کند که آیا «أوفوا بالعقود» عموم ازمانی دارد، ندارد؟

اگر یک زمانی از تحت عام خارج شد، استصحاب حکم مخصص را بکنیم یا تمسک به عام بکنیم؟

آنجا شیخ می فرمایند: اگر در عام هر قطعه ای از زمان را یک مصداق برای موضوع حساب کرده باشیم، یک مصداقش به وسیله ی ادله خارج شده است، ولی عمومات شامل مصادیق دیگر می شود و می توانیم اخذ به عام بکنیم، ولی در غیر این صورت عام کنار می رود و استصحاب حکم مخصص را می کنیم.

این فرمایش شیخ است، ولی بحث متوقف بر این مسئله نیست که ما عام را به اختلاف زمان ها ذی مصادیق متعدد بدانیم، زیرا اگر هم قائل به چنین چیزی نباشیم، امر دائر مدار بین این خواهد بود که در عام تصرف بکنیم، یا اینکه عام بر عمومش باقی باشد و در اطلاق تصرف نماییم.

مثلاً اگر گفتیم: «اکرم العلماء» ظاهرش این است که همه ی علماء واجب الاحترام اند، زید، عمرو، بکر و خلاصه اینکه باید به همه احترام گذاشت.

ظاهر این تعبیر این است که از اول صدور«اکرم» وجوب احترام برای همه هست و باید همه احترام بشوند، ولی اگر دلیلی آمد و ثابت شد که روز شنبه احترام به زید واجب نیست، ما باید در «اکرم العلماء» تصرف کنیم. یا باید بگوییم که زید از تحت عموم «اکرم العلماء» خارج شده است و با خروج زید به اطلاق صدمه ای وارد نمی شود. در اینجا ما تصرف در عموم کرده ایم.

از طرف دیگر هم می توانیم هیچ کس را از تحت عام خارج نکنیم، منتهی تصرف در اطلاق قضیه بکنیم و راجع به زید از اطلاق رفع ید بکنیم.

در فرض اول چون موضوع از بین رفته بود، گفتیم که اصلاً زید خارج است و زمینه ای برای اصاله الاطلاق باقی نمی ماند، ولی در فرض دوم زمینه بر اصاله الاطلاق می ماند، زیرا فرد عام را از تحت عام خارج نشده است و ما در در اصاله الاطلاق تصرف می کنیم.

البته بحث این است که در دوران امر بین تصرف در عموم و تصرف در اطلاق کدامشان مقدم است.

اگر ما قائل به مبنای شیخ بشویم که در اطلاق قائل به مقدمات حکمت است، قهراً اگر دلیلی در طرف مقابل وجود داشته باشد، نسبت به اصاله الاطلاق ورود پیدا می کند، زیرا یکی از مقدمات این است که دلیلی در مقابل اطلاق وجود نداشته باشد.

البته مرحوم آخوند دو فرمایش دارد: یکی این است که اصلاً عمومات هم با اصاله الاطلاق درست می شود، چون متعلق عام را ما باید با اصاله الاطلاق درست کنیم. ایشان می فرمایند: اگر موقع تکلم قرینه یا قیدی آورده نشود، هم ظهور اطلاقی منعقد می شود، هم ظهور عمومی و در این صورت تقدیم یکی بر دیگری مشکل می شود. پس بر اساس مبنای مرحوم آخوند تقدیم مشکل می شود، ولی بر اساس مبنای شیخ ما باید اصاله العموم را حفظ کنیم و از اصاله الاطلاق رفع ید کنیم.

پس بنابراین در اینجا مسئله دائر مدار این است که قبل از اجازه اصاله العموم «أوفوا بالعقود» هست، یا این فرد از اصاله العموم یا اصاله الاطلاق «أوفوا بالعقود» خارج شده است.

بررسی ادله ی صحت فضولی (عمومات– روایات) ۹۳/۰۶/۳۰

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: بررسی ادله ی صحت فضولی (عمومات- روایات)

خلاصه درس:

استاد در این جلسه ابتداء به بررسی نظر مرحوم آخوند در تمسک به عمومات پرداخته و پس از بیان یک اشکال بر نظر ایشان، در آخر از نظر مرحوم آخوند دفاع می فرمایند. ایشان در ادامه به اختلاف مبنایی شیخ و آخوند در این مسئله پرداخته و سپس دلالت عمومات بر صحت فضولی را ناتمام می شمارند.

در ادامه ی استدلال بر صحت فضولی، روایت عروه ی بارقی مورد بررسی قرار می گیرد که استاد این روایت را که به صورت های مختلفی نقل شده است، به احتمال قوی یک روایت دانسته و از جهت سند، محل اشکال می دانند و ذکر این روایت در برخی کتب مانند تذکره را از باب تقابل با نظرات عامه بر می شمارند.

بررسی نظر آخوند در تمسک به عمومات

ما دیروز راجع به تمسک به عمومات عرضی داشتیم که عمده ی اشکال ما به مرحوم آخوند بود. امروز این بحث را تکرار می کنیم تا از طرف مرحوم آخوند هم یک دفاعی داشته باشیم.

عرض ما این بود که بر اساس مبنای مرحوم آخوند، اگر هنگام تکلّم قرینه ای نباشد، ظهور اطلاقی منعقد می شود و برای انعقاد ظهور اطلاقی به ظرف عمل احتیاج نخواهیم داشت. به عبارت دیگر، همین که یک چیزی به صورت مطلق ذکر شود و قرینه ی خاصی قید نشده باشد، باید به اطلاق مطلق اخذ بکنیم. البته شیخ بر خلاف نظر آخوند، می فرماید: ما باید تا ظرف عمل صبر بکنیم و اگر قید و قرینه ای نیامد، آن وقت اطلاق ظهور پیدا می کند.

ص: ۵۷

قهراً طبق این مبنا ما نمی توانیم عامی را که دلالتش بر تمام افراد بالوضع است، بر اطلاق مطلق مقدم بداریم.

البته اگر قرینه ی متصل در کلام باشد، ممکن است بگوییم که این دلالت وضعی قرینه برای تصرف در اطلاق مطلق خواهد بود و جلوی ظهور اطلاقی را می گیرد، ولی در غیر این صورت، وجهی ندارد که یکی از اینها قرینه برای تصرف در دیگری باشد.

بر اساس مبنای مرحوم آخوند، هر چند دلالت عمومات وضعی است، نه بالاطلاق، ولی باید مقدمات اطلاق را هم درست بکنیم، زیرا وقتی عام داخل می شود، یک مدخولی دارد و ما باید با اطلاق آن مدخول عموم را استفاده بکنیم. پس همیشه با اینکه دلالت عام وضعی است، ولی چون باید اطلاق مدخولش را درست بکنیم، قهراً دلالت عام هم اطلاقی خواهد شد.

حال اگر در مقابل این اطلاق، اطلاق دیگری هم وجود داشته باشد، در عرض هم خواهند بود و یک اطلاق در مقابل اطلاق دیگر خواهد بود، نه اینکه یک امر وضعی در مقابل اطلاق قرار گرفته باشد و اگر متصل به هم بودند، یکی قرینه بر دیگری باشد.

این در جایی است که متصل باشند، ولی در جایی که متصل نباشند، بخصوص طبق مبنای مرحوم آخوند، اطلاق منعقد می شود.

حال در صورتی که هیچ کدام از این دو بر دیگری ترجیحی نداشته باشد، چه مطلقاً ترجیح نداشته باشند، یا در جایی که انعقاد ظهور شده باشد، ما می توانیم در این عمومات یک تصرفی بکنیم.

ص: ۵۸

مثلاً ـ در عموم افرادی «أوفوا بـالعقود» تصـرف کرده و بگوییم: بیع فضولی که از اقسام عقود است، خارج از تحت عام است، یا تصرف در عموم افرادی نکنیم، بلکه در اطلاقی که به حسب ازمان اقتضاء می کند که حکم از اول ثابت باشد، تصرف در این اطلاق بکنیم.

پس بنابراین اگر ما بخواهیم با این عمومات صحت فضولی را اثبات بکنیم، متوقف بر این است که ما عموم را بر اطلاق ترجیح بـدهیم، در حـالی که این عمومـات ترجیحی بر اطلاـق نـدارد و مـا بایـد به سـراغ اصول دیگر برویم تا ببینیم که آن اصول چه چیزی را اقتضاء می کند.

جواب استاد از اشکال وارد بر آخوند

این اشکالی بود که دیروز عرض کردیم، ولی جواب این اشکال بر اساس مبنای مرحوم آخوند عبارت از این است که ما مکرر عرض کرده ایم که در این بابی که به آن اشاره می کنیم، بین شیخ و مرحوم آخوند اختلاف وجود دارد.

اختلاف مبنایی بین شیخ و آخوند

مبنای آخوند در مسئله

مسئله ی مورد اختلاف عبارت از این است که لفظ در یک معنایی استعمال شده است و مراد هم روشن است، ولی نمی دانیم که آیا این استعمال مجازی است یا به نحو حقیقت است. مثلاً

یقیناً می دانیم که زید احترام ندارد، در مقابل آن هم عبارت «أکرم العلماء» را داریم. حال ما نمی دانیم که آیا زید عالم نیست و به همین جهت احترام ندارد و در نتیجه هیچ تصرفی در «أکرم العلماء» نشده است، یا اینکه عالم است، ولی تخصیص خورده و از تحت عموم «أکرم العلماء» خارج شده است؟

در اینجا چون مراد روشن است و می دانیم که «أکرم العلماء» زید را نگرفته است، نه بالاراده الاستعمالی، بنابر اینکه کسی عام را مجاز بدانـد، یا در اراده جدّی زید را نگرفته است، حال چه زید عالم باشد و از تحت عام تخصیص خورده باشد و یا جاهل باشـد و تخصصاً خارج از آن باشـد، در هر صورت چون مراد روشن است، نمی توانیم اصل عـدم تخصیص را جاری کرده و بگوییم: زید تخصصاً از تحت عام خارج است و در نتیجه بگوییم که زید عالم نیست و در جاهای دیگر هم احکام جهل را بر او حمل بکنیم.

مرحوم آخونـد می فرماینـد که در اینجـا اصـل عـدم تخصـیص جاری نمی شود. البته در جایی که شک در مراد جـدّی داشـته باشـیم، می توانیم به اصـاله العموم تمسـک بکنیم، مثلًا «أکرم العلماء» آمـده است و از طرف دیگر هم گفته شـده است که «لا تکرم زیـداً»، مـا هم دو زیـد داریم: یک زیـد عالم و یک زیـد جاهل. در این مورد می توانیم به عموم «أکرم العلماء» تمسـک کرده و بگوییم: باید به این زید عالم احترام بشود.

ایشان می فرمایـد: چون در اینجا شک ما در مراد و اراده ی جـدّی «أکرم العلماء» است و نمی دانیم که شامل این زید عالم هم می شود یا نه، چون شک در مراد است، باید به عام تمسک کرده و به زید عالم هم احترام بگذاریم.

امـا در فرض اول نمی دانیم که آیـا زیـد عالم است یا عالم نیست و لـذا نمی توانیم به «أکرم العلماء» تمسک بکنیم. این مبنایی است که مرحوم آخوند قائل به آن شده است.

ص: ۶۰

مبنای شیخ در مسئله

البته شیخ انصاری در همانجایی هم که مراد روشن است و شک در نحوه ی اراده داریم که آیا اراده به نحو حقیقت است، یا مجاز، در همان جا هم باید اصاله الحقیقه را حفظ کنیم و یک کاری بکنیم که تصرفی در عام نشود.

شیخ بر خلاف مرحوم آخوند، قائل به این مطلب است.

بنابراین در مسئله ی مورد بحث که ما دیروز گفتیم: یک اصاله العموم (عموم افرادی) داریم و یک اصاله الاطلاق (اطلاق زمانی) و هیچکدام اولویتی بر دیگری ندارد و قهراً نمی شود به عموم افرادی تمسک کرد، ولی با توجه به آنچه که عرض کردیم، امروز می گوییم که به عموم افرادی می شود تمسک کرد، زیرا ما شک در مراد داریم که آیا از «أوفوا بالعقود» فضولی هم اراده شده است یا نه؟ تمام افراد مراد است، یا فضولی خارج از تحت عام است؟

در اینجا که شک در مراد داریم، می توانیم به اصاله العموم تمسک کنیم، ولی راجع به زمان اول -که هنوز اجازه نیامده است- نظر آخوند عبارت از این است که یقیناً اطلاق این زمان را نمی گیرد، حال یا اصلاً موضوعی برای اصاله الاطلاق نیست و یا چون مراد نسبت به این زمان روشن است، اصاله الاطلاق جاری نیست.

پس تعارضی در این دو مورد وجود ندارد و این عرض ما در دفاع از آخوند بود که به آن اشاره کردیم.

ردّ استاد بر دلالت عمومات بر صحت فضولی

منتهی ما نسبت به دلالت عمومات شبهه داریم و به نظر ما عمومات اصلاً دلالتی بر مسئله ی مورد بحث ندارند.

ص: ۶۱

قبلاً هم عرض کردیم که آیه ی «أوفوا بالعقود» الزام ما هو المشروع است. استدلال به آیه ی «تجاره عن تراض» هم از جهاتی مورد اشکال است. راجع به «أحل الله البیع» هم گفتیم که این آیه ناظر به قسم خاصی از بیع است و در مقام بیان یک مطلب کلی نیست.

خلاصه اینکه ما دلالت عمومات را قبول نکردیم، ولی بنا بر اینکه عمومات را قبول بکنیم، با بیانی که عرض شد، می توانیم به آنها تمسک بکنیم.

استدلال به روایات برای صحت یا بطلان فضولی

روایت عروه بارقی

بعضی ها برای صحت تأهلی فضولی به برخی روایات استدلال کرده اند، برخی دیگر هم برای بطلان فضولی به بعضی از روایات تمسک نموده اند.

یکی از روایاتی که برای صحت فضولی به آن استدلال شده است، روایت عروه ی بارقی است. مرحوم آقای خمینی۱ راجع به روایات خیلی مبسوط و مستوفی بحث کرده است، ولی سایر آقایان خیلی مختصر بحث کرده و از آن عبور کرده اند. لذا اگر قدری هم این بحث طول بکشد، اشکالی ندارد و آقایان مباحث ایشان راجع به روایات را مطالعه بکنند.

ایشان روایت عروه بارقی را نقل می کنند. این روایت به نام عروه دو گونه نقل شده است و در یک نقل دیگری هم اسم عروه ی بارقی در کار نیست، ولی مطالبش مشابه همین روایت عروه ی بارقی است.

عمده ی بحث ما در این است که روایت عروه ی بارقی از طرق ما ثابت نشده است، یعنی به صورت مسند در کتب ما ثابت نیست، هر چند به صورت مرسل در طرق ما ذکر شده است.

ابن حمزه طوسی در ثاقب المناقب این روایت را مرسلاً نقل کرده است، ولی مسند این روایت در کتب عامه ذکر شده است، مانند کتب حدیثی صحیح بخاری، مسند احمد بن حنبل، سنن ابی داود، سنن تِرمذی، سنن ابن ماجه، سنن دارقُطنی و خلاصه اینکه در همه ی اینها به صورت مسند نقل شده است.

در این روایت وارد شده است که حضرت به عروه ی بارقی دیناری داد و فرمود که برو و یک شاه برای من بخر. متن روایت این است:

«فعن مسند أحمد بسنده عن عروه بن أبی الجعد البارقی قال: عرض لرسول اللّه (صلّی اللّه علیه و آله و سلّم) جلب (۱) (۲) »، به پیغمبر صلی الله علیه و آله عرض کردند که یک مقدار مواشی (گوسفند، شتر و امثال آن) برای فروش آورده اند.

این طور مواشی را که برای فروش از جایی به جای دیگر منتقل می کنند، «جَلَب» می گویند. «جَلب» به معنای «مجلوب» است و مراد از حیواناتی است که برای فروش از راهی به راه دیگر منتقل می کنند.

در حاشیه از لسان العرب نقل شده است که «جلب» به معنای «جالب» است و تعبیرش این است که: «الجلب: الذی یجلب الإبل و الغنم للبیع». البته بنده وقت نکردم به لسان العرب نگاه بکنم تا ببینم این حاشیه درست نقل کرده است یا نه، ولی اگر هم این عبارت از لسان درست نقل شده است، باز هم باید بگوییم که «جلب» به معنای «مجلوب» است نه به معنای «جالب» که عبارت از آن شخصی است که گاو و گوسفند و امثال آن را برای فروش آورده است. در روایت هم به طو صریح «جلب» به معنای مواشی استعمال شده است، نه به معنای کسی که مواشی را آورده است.

-۱

-۲ کتاب البیع، السید روح الله الخمینی، ج۲، ص۱۰۷.

«عُرِضَ لرسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله و سلّم) جَلَب»، به حضرت عرض كردند كه يك عده مواشى براى فروش آورده اند.

«فأعطانى ديناراً»، عروه مى گويد: حضرت به من يك دينار داد.

«و قال: أى عروه، ائت الجلب فاشتر لنا شاه فأتيت الجلب فساومت صاحبه»، بعد هم من با صاحب جلب قيمت را تمام كرديم. از اين تعبير پيداست كه مراد از «جلب» همان گوسفندها و امثال آن است.

«فاشتريت منه شاتين بدينار، فجئت أسوقهما أو قال: أقودهما».

از خليل نقل شده كه اگر براى حركت دادن مواشى به آنها سيخ و امثال آن زده شود، از اين حركت تعبير به «سُوق» شده است، ولى اگر افسار حيوان را بكشند و ببرند، تعبير به «قِيادت» مى شود كه مصدر از باب «قاد» مى باشد.

حال به هر شكلى كه بوده است، به شكل «سياق» يا به شكل «قيادت»، در اين مطلب ترديد شده و اينطور تعبير شده است: «فجئت أسوقهما أو قال: أقودهما فلقينى رجل فساومنى، فأبيعُه شاه بدينار»، يكى از اين دو گوسفند را به يك دينار فروختم و يك شاه با يك دينار به خدمت حضرت آوردم، «فجئت بالدينار و جئت بالشاه فقلت: يا رسول اللّه، هذا دينارکم، و هذه شاتكم».

حضرت فرمود: «صنعت كيف»، زيرا مى خواهد ببيند كه آيا عروه كار غلطى انجام داده است يا نه و آيا سر كسى كلاه گذاشته است يا معامله را صحيح انجام داده است.

«قال و صنعت كيف؟ قال: فحدّثت الحديث. فقال اللهمّ بارک له فى صفقه يمينه».

ص: ۶۴

این عبارتی است که در این نقل آمده است، ولی همین روایت در ثاقب المناقب به شکل دیگری نقل شده است.

در امالی ابن الشیخ هم این روایت به شکل دیگری نقل شده است و به شخص دیگری غیر از عروه نسبت داده شده است. در این کتاب روایت به حکیم بن حزام نسبت داده شده که عبارتش این است:

«و عن أمالی ابن الشیخ عن حکیم بن حِزام: إنّ النبی (صلّی اللّه علیه و آله و سلّم) دفع إلیه دیناراً و قال اشتر لنا به شاه. فاشتری به شاه، ثمّ باعها بدینارین، ثمّ اشتری اخری بدینار، فجاء إلی النبی (صلّی اللّه علیه و آله و سلّم) بشاه و دینار».

این شخص دو شاه نخریده است، بلکه یک شاه خریده و این شاه را به دو دینار فروخته و قهراً با یک دینار یک شاه دیگر خریده و با یک دینار باقی مانده به حضرت تحویل داده است.

بنابراین در امالی ابن شیخ، این روایت از حکیم بن حِزام نقل شده است، ولی ابن حمزه در ثاقب المناقب از به عروه نسبت داده است، «و عن ابن حمزه فی ثاقب المناقب نسبتُها إلی عروه (۱) ».

بعد هم ایشان در ادامه می فرماید: این دو قضیه است و یا هر دو مربوط به عروه است و یا اینکه یک قضیه مربوط به عروه و دیگری مربوط به حکیم به حزام است.

ولی اگر کسی با اشتباهاتی که در نقل احادیث واقع شده است، آشنا باشد، در خواهد یافت که به احتمال قوی هر دو قضیه واحد است و مربوط به عروه می باشد و به احتمال زیاد اشتباه و خلطی در نقل این روایات واقع شده است و خلاصه اینکه احتمال اشتباه بیشتر از این است که این روایات ناظر به دو قضیه باشد.

۱- کتاب البیع، السید روح الله الخمینی، ج۲، ص۱۰۷.

البته ایشان حمل به صحت کرده و فرمودند که در این مسئله دو قضیه وجود دارد، ولی به احتمال قوی این دو نقل مربوط به یک قضیه می باشد.

بررسی سند روایت

اصل این روایت در کتب روایتی ما اصلاً نیست و کسی هم قبل از علامه به عنوان استدلال برای صحت فضولی، این روایت را ذکر نکرده است. اولین کسی که به این روایت برای فضولی استدلال کرده است، علامه در کتاب تذکره و یک کتاب دیگرش می باشد.

البته ظاهر ابتدائی فرمایش علامه این است که در مقام تمسک به این روایت است، ولی به نظر می رسد که با توجه به اینکه این کتابها در مقابل عامه نوشته شده است، مطابق مسلک عامه که صحیح بخاری و امثال آن را قبول دارند، به این روایت اشاره شده است.

اگر ایشان به ذکر همین روایت اکتفاء کرده بود، علامت این بود که حجت بین خود و خدایش همین روایت است، ولی ایشان طبق قواعد و امثال آن فضولی را تصحیح کرده است.

شیخ هم با وکالت این قضیه را تصحیح کرده و لازم دانسته است و می گوید: این دو چیزی که خریده است، هر دو مال پیغمبر شده و معامله هم لازم بوده است، نه اینکه از مصادیق عقد فضولی باشد. ایشان اصلاً منکر فضولی است و می گوید که در اینجا فضولی در کار نبوده است، بلکه این قضیه بر اساس وکالت صحیح واقع شده است.

علامه هم در مختلف و تذکره این روایت را ذکر کرده است و بخصوص ذکر این مطلب در تذکره بی ارتباط به عامه نیست و احتمال دارد که ذکر این روایت برای تقابل با عامه باشد.

در مختلف هم دلیل اول را ذکر کرده و بعد به این روایت اشاره کرده است و خلاصه استناد ایشان به این روایت، خیلی روشن نیست و معنی ندارد که ایشان به چنین حدیثی که در کتب گذشته اصلاً به آن اشاره نشده است، استناد بفرماید.

شیخ هم به احتمال قوی در این مورد، مانند سایر موارد، روایت را از طرق عامه ذکر می کند و صحت سند هم ندارد.

بنده در حاشیه هم نوشته بودم که از اکمال ابن ماکولا نقل کردم که عروه با حضرت امیر علیه السلام میانه ی خوبی نداشته است، «کان منحرفاً عن عليٍ (علیه السلام)».

خلاصه اینکه عروه مورد تصدیق علماء ما نیست و برای اولین بار هم علامه به این روایت جهت فضولی استدلال کرده است و این احتمال هم هست که ایشان در مقابل عامه این روایت را ذکر کرده باشد.

پس به تعبیر ایشان ما به این روایت مطمئن نمی شویم، «مع ذلك لا نطمئن».

اشتهار بین متأخرین هم با علم به اینکه این روایت مدرکی ندارد، بی فایده است، هر چند اگر چنین شهرتی بین قدماء بود، این احتمال وجود داشت که بعضی از جهات به دست ما نرسیده است، ولی اشتهار بین متأخرین سودی ندارد و به نظر ما این روایت به جهت سند، قابل استناد نیست.آخ\

بررسی روایت عروه ی بارقی ۹۳/۰۶/۳۱

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: بررسی روایت عروه ی بارقی

خلاصه درس:

استاد در این جلسه به ادامه ی بررسی روایت عروه ی بارقی پرداخته و احتمال فضولی نبودن معامله ی اول و فضولی بودن معامله ی دوم در این روایت را مورد بررسی قرار می دهند. ایشان توجیهات متعددی که برای فضولی نبودن معامله ی اول ذکر شده است را بیان نموده و در آخر هیچ کدام از این توجیهات را قابل قبول ندانسته و قائل به فضولی بودن هر دو معامله می شوند. البته ایشان در مقام ثبوت فضولی بودن یکی از دو معامله به صورت واحد لابعین را ممکن دانسته اند، ولی در مقام اثبات عمومات را ظاهر در چنین چیزی نمی دانند. همچنین، استاد برای انشاء اجازه نسبت به هر دو مورد فضولی، یک انشاء را همچون موارد دیگر کافی دانسته و نیازی به انشاء دو اجازه نمی بینند.

ص: ۶۷

بررسی روایت عروه ی بارقی

فرمودند: این روایتی که پیغمبر برای آن شخص درباره ی معامله اش دعا کرده، دو گونه نقل شده است. به حسب یکی از این

نقلها، بایـد برای عروه این جریان به دو شـکل واقع شـده باشد و به حسب نقل دیگر هم یک جریان واقع شده که راوی اش دو نفر می باشد.

این دو قضـیه ای که ایشـان نقل می کنـد، عبارت از این است که در یک صورت، عروه دو گوسـفند خریـده و یکی از این دو گوسـفند را به یـک دینار فروخته و بعـد هم یک گوسـفند را با یک دینار به نزد پیغمبر (صـلی الله علیه و آله و سـلّم) آورده و حضرت هم برای او دعا کرده است. صورت دوم هم عبارت از این است که عروه یک گوسفند خریده، ولی این یک گوسفند را به دو دینار فروخته و با یک دینار دوباره گوسفند دیگری خریده و بعد آن گوسفند را با یک دینار تحویل پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) داده است.

به حسب بعضی از نقلها، مانند ابن الشیخ در امالی، این شکل دوم به حکیم بن حزام نسبت داده شده است، نه به عروه.

البته بـا مراجعه ای که بنـده کردم، روشن شـد که دو قضـیه برای عروه نقـل نشـده است و آن چیزی هم که ثـاقب المناقب نقل کرده و مسـتدرک هم از آن نقـل نموده است، عیناً همان چیزی که در مسـند احمـد نقل شـده است که دو گوسـفند خریـده و یکی از این دو فروخته است و خلاـصه اینکه خریـدن یک گوسـفند و فروختنش به دو دینار نقل ثاقب المناقب نیست و در این کتاب همان روایت مسند احمد را مرسلاً نقل کرده است و شکل دیگری وجود ندارد.

ص: ۶۸

معنای «جَلَب»

مطلب دیگر هم عبارت از این است که لغت «جَلَب» در لسان به معنای جالب ذکر شده است، ولی بلافاصله به معنای مجلوب هم گرفته شده است و این شخصی که حاشیه را تنظیم کرده است، با عجله، همین معنای اول را ذکر کرده و به معنای دوم توجهی نکرده است.

فضولی نبودن معامله اول، بر خلاف معامله ی دوم

شیخ در اینجا مطلبی دارد که قبلاً هم شیخ طوسی به شکل دیگری قائل به آن شده است.

شیخ می فرماید: اینکه عروه با یک دینار دو شاه خریده است، آیا این خرید هم فضولی بوده است، یا فضولیت فقط مربوط به بیع یکی از این دو شاه است؟

شیخ انصاری می فرماید: اگر هم ما اولی را به یک شکلی توجیه کنیم و از فضولی بودن خارج نماییم، ولی بلااشکال دومی فضولی می باشد.

شیخ طوسی هم اولی را فضولی نمی داند و به احتمال قوی، دومی را هم فضولی نمی داند، البته ایشان چیزی عنوان نکرده است، ولی نسبت به اولی به طور منجز بیان کرده است که فضولی نیست، ولی شیخ انصاری می فرماید: ممکن است ما این قضیه را به نحوی توجیه بکنیم که اولی را از فضولی بودن خارج بکنیم.

توجیهات متعدد برای خروج معامله ی اول از فضولی بودن

برای خروج اولی از فضولی بودن، توجیهات و وجوه مختلفی بیان شده است که خیلی از آنها بیّن البطلان می باشد.

توجیه اول و ردّ آن

یکی از این وجوه عبارت از این است که بگوییم: مراد حضرت از شاه در عبارت: «اشتر لنا شاه»، جنس شاه بوده است و در نتیجه وحدت و تعدد مطرح نبوده است و شخص مختار بوده است که یک شاه بخرد یا دو شاه بخرد و قهراً اگر چنین اختیاری داشته است، خریدن دو گوسفند فضولی نخواهد بود.

ص: ۶۹

البته این توجیه به شکل ظاهری اش بیّن البطلان است، زیرا معنی ندارد که ما شاةً را منطبق با دو شاه بکنیم، زیرا «شاةً» یعنی یک گوسفند و قهراً بر دو تا منطبق نمی باشد. الف و لام هم ندارد که به یک نحوی بخواهیم چنین برداشتی داشته باشیم، هر چند اگر الف و لام هم داشت، باز هم مسئله محل بحث و کلام بود.

البته ممکن است که ما این مطلب را به یک شکل معقولی توجیه بکنیم که شاید مراد از توجیه بالا هم همین باشد. این توجیه عبارت از این است که گاهی شخص می گوید: برو و یک دانه نان بخر، ولی ذکر «یکی» از باب اقل مطلوب است و یا اینکه شخصی می گوید: برو و یک کسی را بیاور که شاهد این قضیه باشد، در اینجا هم مراد این نیست که فقط یک نفر آورده شود و بیشتر از یک نفر آورده نشود، بلکه اقل مصداق عبارت از یک نفر است، ولی اگر شخص دو نفر هم بیاورد، باز هم اطاعت کرده است.

یا وقتی انسان احتیاج به غذا دارد و می گوید: برو یک دانه نان بخر، در اینجا هم یک دانه نان خصوصیتی ندارد، بلکه اقل مطلوب یک دانه است و اگر طرف مقابل دو نان بخرد، فضولی نیست و نان اضافی را مثلاً در یک وعده ی دیگر مصرف می کنند.

خلاصه اینکه شاید مراد از اینکه تعبیر به جنس شده است، همین باشد که مقصود از ذکر «شاةً» همین است که اشاره به اقل مطلوب شده باشد و اگر هم بیشتر از یک شاه خریداری شود، فضولی نخواهد بود.

ص: ۷۰

توجیه دوم و بعید بودن آن

توجیه دیگر هم عبارت از این است که بگوییم: فروشنده برای اینکه زودتر خلاص بشود، کمتر از دو گوسفند نمی فروخته است و قهراً از فحوای إذن استفاده می شود که وقتی یک گوسفند را نمی فروشند و باید برای خریدن یک گوسفند حتماً دو گوسفند خریده شود، باید دو تا بخریم و اشکالی هم ندارد.

البته چنین توجیهی خیلی بعید است و خیلی کم اتفاق می افتد که فروشنده الزام به خرید دو گوسفند بکند، ولی این احتمال وجود دارد.

توجیه مرحوم اصفهانی

احتمال دیگری که مرحوم آقا شیخ محمدحسین اصفهانی ذکر کرده است و در کتاب النکاح به صورت مفصل و با شقوق و احتمالات مختلف مورد بحث قرار گرفته است، عبارت از این است که بگوییم: حضرت فرموده است که با یک دینار یک شاه بخر، ولی این شخص با این یک دینار دو شاه مطلوب شرع را خریده است، زیرا در آخر روایت هم می گوید: «هذا شاهکم، هذا دینارکم» و پیداست که این شخص همان شاتی را که مورد نظر پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) بوده، خریداری کرده است، نه اینکه مقصود حضرت خریدن یک شاه ممتاز و عالی بوده و این شخص یک شاه ناقص خریداری کرده و به حضرت تحویل داده باشد.

مرحوم آقا شیخ محمدحسین می فرمایند: همانطوری که اگر این شخص چانه می زد و یک شاه به ارزش یک دینار را به نصف دینار می خرید، بالاولویه استفاده می شود که مجاز به این کار باشد، در صورتی هم که با یک دینار دو شاه بخرد، در این صورت هم بالاولویه و دلالت فحوی استفاده می شود که داخل در فضولی نباشد.

اشکال وارد بر توجیه مرحوم اصفهانی

اشکالی که به این توجیه مرحوم شیخ محمد حسین وارد است، عبارت از این است که این احتمال نسبت به روایتی که در مسند احمدبن حنبل وارد شده است، اصلاً مطرح نیست، در این روایت وارد نشده است که شاهی به یک دینار بخر، بلکه حضرت می فرماید: برو یک شاه بخر، مثل اینکه شما یک پنجاه تومانی به کسی داده و بگویید: یک کیلو گوشت بخر، که مفاد این عبارت این نیست که یک کیلو گوشت به پنجاه تومان بخر. عبارت روایت این است که «أعطانی دیناراً و قال اشتر لنا شاةً».

البته این روایت به حسب نقلی که دو شاه در کار نبوده و شخص شاه خریداری شده را به دو دینار فروخته است و یا به حسب نقلی که در کتب ما شده است مانند شیخ در خلاف، علامه در مختلف و تذکره، ابن حمزه در ثاقب المناقب و ابن الشیخ در امالی، در همه ی این نقل ها اینطور تعبیر شده است که: «اشتر لنا به شاه»، یعنی به این دینار شاتی را بخر.

شیخ انصاری هم با «به» نقل می کند، زیرا ایشان هم ازکتابهای خودمان اخذ کرده است، نه از مسند احمد و امثال آن و خلاصه اینکه عبارت: «به شاه» قابل وجهین است و می توانیم بگوییم که مراد از «به شاه» این باشد که این پول به کلی مال شاه باشد و اگر هم اضافه ای داشت، اضافه اش را بیاورد.

شیخ می فرماید: اگر هم ما به یک توجیهی اولی را از فضولی بودن خارج بکنیم، ولی دومی بلااشکال فضولی است.

و یکی از توجیهات فضولی نبودن اولی هم عبارت از این بود که بگوییم: حضرت فرموده است که شما با این دینار شاه بخر و در صورتی که شخص به جای یک شاه توانسته است دو شاه بخرد، با اولویت این معامله ی او از فضولی بودن خارج خواهد بود.

این توجیهی است که مرحوم آقا شیخ محمدحسین بیان کرده است، ولی این توجیه با نقل مسند احمد بن حنبل سازگار نمی باشد، ولی با نقلی که شیخ از کتابهایی مانند خلاف و تذکره و امثال آن نموده است، سازگاری دارد.

اشکال دیگر توجیه مرحوم اصفهانی

البته به نظر ما با این توجیه هم اولویتی وجود ندارد، زیرا این شخص موظف بوده است که یک شاه بخرد و در صورتی که می توانست با نصف دینار یک شاه بخرد، باید یک شاه می خرید و نصف دینار را به حضرت پس می داد و معلوم نیست که حضرت به دو شاه احتیاج داشته است و ما نمی توانیم بالاولویه استفاده بکنیم که خریدن دو گوسفند فضولی نمی باشد.

مثلاً اگر کسی تصور می کرده است که قیمت هر کیلو گوشت، پنجاه تومان است و به شخصی می گوید: این پنجاه تومان را بگیرد و یک کیلو گوشت بخر، ولی بعداً معلوم شود که قیمت هر کیلو گوشت، بست و پنج تومان بوده است، در اینجا باید این شخص یک کیلو گوشت به بیست و پنج تومان بخرد و باقی پول را به صاحبش تحویل بدهد، نه اینکه با پنجاه تومان دو کیلو گوشت بخرد.

خلاصه اینکه ما نمی توانیم در این صورت اولویتی در نظر بگیریم، ولی نسبت به توجیهی که قبلاً ذکر شد که مراد از «شاةً» اقل مطلوب باشد، در صورتی که احراز خارجی شده باشد که منظور شخص این است که کمتر از یکی نباشد و اگر بیشتر شد، اشکالی ندارد، می شود این توجیه را در نظر بگیریم.

نظر استاد: فضولی بودن هر دو معامله

البته به احتمال قوی معامله ی اول هم فضولی بوده است، زیرا حضرت گوسفند را برای أُضحیه می خواسته است و قصد قربانی کردن یک گوسفند را داشته است و خیلی بعید است که بگوییم: مقصود از «شاةً» اقل مطلوب بوده است و بالفحوی خریدن بیشتر از یک گوسفند هم اشکالی نداشته است.

حکم واحد لا بعین در مورد بحث (اشکالی ثبوتی ندارد، ولی اشکال اثباتی دارد)

بحث دیگر این است که اگر ما معامله ی اول (خریدن دو گوسفند) را فضولی بدانیم، چه حکمی خواهد داشت؟ این بحث در جاهای دیگر مانند نکاح هم مطرح است و گاهی دو چیز به صورت تدریجی خریده می شود که قاعدتاً دومی فضولی خواهد بود و حرفی در آن نیست، ولی اگر هر دو با هم خریده بشوند، مانند مورد بحث ما، باید ببینیم چه حکمی خواهد داشت. اگر هر دو را فضولی بدانیم، قهراً نسبت به هر دو باید اجازه گرفته بشود، اگر هم یکی از این دو را فضولی بدانیم، گرفتن اجازه نسبت به یک فرد غیر معین از این دو لازم خواهد بود.

ما در بحث نکاح گفتیم که در جایی که شخص با عقد واحد جمع بین اختین کرده بود، یا در آنِ واحد یکی را خودش عقد کرده بود و خواهر دیگر را وکیلش یا دو وکیل داشته که در آنِ واحد یکی این خواهر را و دیگر خواهر دوم را برای او عقد کرده بودند، در این موارد آقایان در عروه و جاهای دیگر، حکم به بطلان عقد هر دو کرده اند.

آقایان در استدلال به این بطلان می فرمودند که هر دو واقع نمی شود و واقع شدن یک فرد لابعین هم معنی ندارد و واقع شدن یک فرد معین هم ترجیح بلامرجح است، پس بنابراین هر دو باطل است.

ما عرض می کردیم که واحد لا- بعین اشکال ثبوتی ندارد و شاهدش عبارت از مواردی است که ما در فقه داریم. مثلاً اگر یک شخص کافری که هشت زن دارد، مسلمان بشود، چهار زن لا بعین از حباله ی نکاح او خارج می شود، چهار زن دیگر هم باقی می ماند، منتهی این شخص مختار است که هرکدام از این هشت زن را اختیار بکند، ولی مادامی که اختیار نکرده است، هیچ تعیّنی وجود ندارد و حتی قبل از اختیار، چون چهار زن دارد، نمی تواند زن پنجمی بگیرد یا با خواهر یکی از اینها ازدواج بکند.

پس بنابراین از جهت اعتبار عقلائی ثبوت واحد لا بعین اشکالی ندارد و در بعضی از روایات هم وارد شده است که دو وکیل در آن واحد دو خواهر را برای موکل عقد کرده اند و در این صورت شخص مختار است که هر کدام از این دو را که خواست، برای خود اختیار بکند و عقد دیگری باطل خواهد بود. در اینجا واحد لا بعین زن او شده است و عقد دیگری باطل می باشد. پس چنین چیزی اشکال عقلی ندارد. حال اینکه واحد لا بعین با قرعه معین بشود یا با اختیار شخص، بحث دیگری است.

ص: ۷۵

در مورد بحث هم می توانیم بگوییم که شخص مجاز به خرید یکی از این گوسفندها بوده است و یکی از گوسفندها فضولی است و باید نسبت به یکی از این دو اجازه داده بشود.

فرض دیگر عبارت از این است که بگوییم: هرچند فرض قبلی ثبوتاً اشکالی ندارد، ولی بحث عبارت از این است که اثباتاً چه چیزی واقع شده است. آیا عمومات چنین ظهوری دارد که واحد لا بعین ملک او باشد؟

به نظر می رسد که نمی شود چنین چیزی را اثبات کرد، زیرا ظهور عمومات در این است که همان موارد معینی که خریده شده است، ملك شخص می شود و در صورت واحد لا بعین، تعیین یک فرد ترجیح بلامرجح است و در نتیجه هر دو فضولی بوده و احتیاج به اجازه دارد.

البته اگر هر دو را فضولی بدانیم، یک اجازه و یک انشاء کفایت می کند و نسبت به اخبار مع الواسطه درکفایه و جاهای دیگر هم گفته شده است که ممکن است انسان با یک انشاء، یک منشأ انحلالی طولی را جعل کند، مثلا وقتی گفته شد: «صدق العادل»، تمام سلسله ی کسانی که در طول هم قرار دارند را تصحیح می کند.

در اینجا هم وقتی پیغمبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلّم) فرمود: خیلی کار خوبی کردی، با این فرمایش حضرت، نسبت به هر دو، انشاء و اجازه محقق می گردد و اجازه ی طولی است و اشکالی هم ندارد.آخ

بحث اصولی(تمسک به عام یا استصحاب حکم مخصص)– بررسی مفاد روایت عروه ۹۳/۰۷/۰۱

ص: ۷۶

.Your browser does not support the audio tag

بحث اصولی(تمسک به عام یا استصحاب حکم مخصص)- بررسی مفاد روایت عروه

خلاصه درس:

استاد در این جلسه ابتداء به بحث اصولی تمسک به عام یا استصحاب حکم مخصص در صورت معلوم بودن مراد، پرداخته و نظر شیخ و آخوند را در این باب مورد بررسی قرار می دهند.

در ادامه ی بحث هم مفاد روایت عروه ی بارقی مورد بررسی قرار گرفته و اشکال و جواب هایی که به متن این روایت وارد شده است مطرح می گردد.

تمسک به عام یا استصحاب حکم مخصص

ما چون به صورت مستقل بحث اصولی نداریم، یک مقداری راجع به این بحث که در صورت تخصیص عام در زمان خاصی، آیا باید تمسک به عام بکنیم، یا حکم مخصص را استصحاب نماییم، مطالبی را عرض می کنیم که به بحث مورد نظر ما هم مربوط می باشد.

بررسی نظر شیخ انصاری

شیخ انصاری می فرمایند که در بعضی از موارد عام قابل تخصیص است و استصحاب جاری نیست. البته عدم جریان استصحاب به این جهت نیست که عام دلیل اجتهادی و استصحاب اصل است و در مقابل دلیل اجتهادی نمی تواند بایستد، بلکه از این باب است که مقتضی برای جریان استصحاب وجود ندارد و ذاتاً هیچ زمینه ای برای جریان آن نیست و حتی اگر عامی هم در مقابل استصحاب نبود، باز هم استصحاب جاری نمی شد.

در برخی صور هم حتی در صورت نبود استصحاب هم عام قابل تمسک نیست.

پس بنابراین ما دو صورت داریم: در یک صورت اصلاً زمینه ای برای استصحاب وجود ندارد و در یک صورت هم زمینه ای برای تمسک به عام نیست ولو اینکه استصحابی هم در کار نباشد.

ص: ۷۷

قهراً با توجه به آنچه که گفته شد، هیچ تعارضی بین این دو وجود ندارد تا بحث تقدم و تأخر هر یک بر دیگری مطرح بشود و باید ببینیم که ذاتاً زمینه برای کدام یک از این دو وجود دارد و همان را در نظر بگیریم.

بعد ایشان می فرمایند که گاهی شخص مستعمل که عام را استعمال می کند، در ازمنه ی کثیره ای، حکمی را برای عام اثبات می کند که گاهی هر کدام از قطعات زمان را یک فردی از افراد عام حساب می کند. در این صورت اگر یک زمانی از تحت

عام خارج شـد، می توانیم نسـبت به ازمنه ی دیگر، تمسک به این عام بکنیم و هیـچ جایگاهی برای استصـحاب وجود نخواهد داشت، چون استصحاب در چنین موردی، إسراءُ حکمٍ من موضوعٍ الی موضوعٍ آخر خواهد بود.

مثلاً اگر گفته شـد: «أکرم العلماء فی کل یوم»، هر روز یک مصداقی از مصادیق اکرام فرض شده است و اگر یکی از مصادیق اکرام از تحت عموم خارج بشود، نسـبت به مصادیق دیگر می توانیم به اصالهالعموم تمسک بکنیم و استصـحاب هیچ کاره می باشد.

ولی گـاهی شـخص نسـبت به زمان، به نظر وُحـدانی نگاه کرده و می گویـد: «اکرم العلماء دائماً، مسـتمراً». در اینجا زمان یک واحد مسـتمری است که برای تمام افراد عام در نظر گرفته شده است. عام افرادی دارد که گاهی یک زمان مستمر و گاهی هم یک زمان غیر مستمر برای او اثبات می شود.

و اگر زیـد از تحت این عام تخصـیص خورده و خارج شده باشد، حال یا به صورت کلی خارج شده باشد و یا در قطعه ی اول از زمان خارج شده باشد، در این صورت همه ی افراد یک حکم مسـتمر دارند، ولی زید اینطور نیست که حکم مسـتمر داشـته باشـد و قهراً مـا در این صورت نمی گوییم: حـال که حکم مسـتقر نبود، پس غیرمسـتقر برایش ثـابت بشود. این فرمـایش شـیخ است.

بعـد هم ایشان راجع به «أوفو بالعقود» می فرمایـد که در این عبارت، زمان به صورت متکثر فرض نشـده است تا بعـد از خروج زمـان اول، مصادیق دیگری باقی باشـد و به اصاله العموم تمسک بکنیم. در «أوفوا بالعقود» افراد در نظر گرفته شـده است، ولی نسـبت به زمان، نظر متکثر فرض نشـده است، بلکه مقصود از این عبارت این است که وقتی قراری بستیـد، زیر قرارتان نزنیـد و ادامه بدهید.

پس بنابراین در اینجا وقتی مثلاً خیار غبن تخصـیص خورده باشـد، اینکه تا آخر خارج شده باشد، یا فقط در همان قطعه خارج شده باشد، یک تخصیص است. این کلامی است که شیخ می فرماید.

البته بنده می خواهم یک مطلبی بگویم که درست در نقطه ی مقابل فرمایش شیخ است.

عرض بنده این است که شـیخ فرمود: اگر گفته شد: «أکرم العلماء فی کل یوم» و یک روز خارج شد، می توانیم نسـبت به بقیه ی ایام به اصاله العموم تمسک بکنیم، ولی اگر گفته شد: «أکرم العلماء دائماً»، یا بالاطلاق دوام استفاده شد، در صورت خروج یـک قطعه از زمـان، دیگر نمی شود به اصـاله العموم تمسک کرد. این فرمایش شـیخ است، ولی بنـده عکس این مطلب را می گویم.

بنـده عرض می کنم، در آن فرضـی که شـیخ فرمود: می شود به عـام تمسـک کرد،ماننـد «أکرم العلمـاء فی کـل یوم»، در این مورد، ما دو عام داریم: یک عموم افرادی و یک عموم ازمانی.

عموم ازمـانی هم تـابع عموم افرادی است و اگر یک فردی از تحت عام خارج شـد، عموم ازمانی در زمان های دیگر چیزی را برای او اثبات نمی کند.

ص: ۷۹

عموم ازمانی می گوید: هر عالمی که واجب الاکرام شد، در تمام روزها اکرامش مستدام است، اگر سال ۳۶۵ روز است، در تمام این ۳۶۵ روز اکرام او مستدام است، ولی این عموم ازمانی در صورتی است که زید داخل در تحت «أکرم العلماء» باشد و اگر زید تخصیص خورده و از تحت عام خارج شود، دیگر زمینه ای برای عموم ازمانی باقی نخواهد بود.

پس عموم ازمانی در صورتی نقش دارد که زید از تحت عام خارج نشده باشد و «ثبّت العرش ثم انقش»، اول باید زید در تحت عموم «اکرم» داخل باشد تا زمینه ای برای عموم ازمانی به وجود بیاید.

بنابراین دوران امر بین این است که در عموم افرادی تصرف کرده و بگوییم: زید از تحت وجوب اکرام خارج است، یا اینکه در عموم افرادی تصرف نکرده و بگوییم که همه وجوب اکرام دارند، زید هم وجوب اکرام دارد، منتهی این وجوب نسبت به زید در روز اول تخصیص خورده است.

علی أیّ تقدیر یا باید در عموم افرادی تصرف بشود یا در عموم ازمانی و هیچکدام اولویتی بر دیگری ندارند.

در چنین شرایطی انسان نمی داند که چه تصرفی بکند. آیا در عموم افرادی تصرف بکنیم و زید را از تحت عام خارج بدانیم، یا اینکه هیچ فردی را از تحت عام خارج ندانیم، بلکه زید را از تحت عموم ازمانی خارج بکنیم؟

خلاصه اینکه در اینجا انسان نمی داند که کدام یک از این دو تصرف را انجام بدهد و طبق مبنای شیخ هیچکدام از این دو تصرف بر دیگری اولویتی ندارد.

ص: ۸۰

شیخ می فرماید: در شک نسبت به مراد، حتی در صورتی که قطع داشته باشیم که عام یک موردی را نگرفته است، باز هم می توانیم به اصاله العموم یا اصاله الاطلاق یا اصاله الحقیقه تمسک کنیم، اما مرحوم آخوند می فرماید: اگر مراد معلوم باشد، ولی کیفیت اراده معلوم نباشد، نمی شود به اینها تمسک نمود.

طبق مبنای شیخ، اگر علم به عدم وجوب اکرام زید داشته باشیم، ولی ندانیم که این عدم وجوب اکرام بخاطر جاهل بودن اوست، یا اینکه عالم است، ولی تخصیص خورده و وجوب إکرام ندارد، در این صورت ایشان می فرماید: ما حکم به جاهل بودن زید می کنیم و قهراً زید از تحت عام تخصصاً خارج خواهد بود.

طبق فرمایش ایشان، با اینکه ما مراد را می دانیم، ولی جهل زید را برای استفاده در مباحث دیگر اثبات می کنیم.

بنابراین طبق مبنای شیخ هم می توانیم در عموم افرادی تصرف داشته باشیم و هم می توانیم در عموم ازمانی تصرف داشته باشیم، ولی مرحوم آخوند می فرماید که احد التصرفین اصاله العموم دارد و یکی از اینها اصاله العموم ندارد. عموم افرادی، شک در مراد است و ما نمی دانیم که طبق مفاد «أکرم العلماء» همه ی علماء واجب الاحترام اند حتی زید یا نه؟ ما اراده ی جدی را نمی دانیم، در اینجا اصاله العموم می گوید که زید وجوب اکرام دارد. البته اینکه در همه ی زمان ها وجوب اکرام دارد یا نه، ارتباطی به عموم افرادی ندارد و مربوط به عموم ازمانی است.

اما نسبت به عموم ازمانی هم یقیناً می دانیم که زید در این زمان وجوب اکرام ندارد، ولی نمی دانیم که آیا وجوب اکرام اصلاً موضوع نداشته است و زمینه ای برای این حکم نبوده و تخصصاً از عموم افرادی خارج شده است، یا اینکه موضوع در تحت عموم افرادی هست، ولی تخصیصاً خارج شده است؟ به عبارت دیگر، مراد را می دانیم، ولی کیفیت اراده را نمی دانیم.

ص: ۸۱

شیخ می گوید: خود این اصلی از اصول است و ما باید تصرفی (در عموم افرادی) نکنیم و حکم به خروج تخصصی زید بکنیم نه خروج تخصیصی آن.

بنـابراین طبق مبنـای شـیخ در اینجـا ذاتاً دو اصل جاری است، هم اصاله العموم افرادی جاری است و هم اصاله العموم ازمانی - که لفظ هم به نحو عموم است - جاری است و اینطور نیست که یکی بر دیگری اولویت داشته باشد.

ولی در مثل «أوفوا بالعقود» که عموم افرادی نـدارد، بلکه اطلاق ازمانی دارد و به نظر شـیخ تکلیف اطلاق بایـد در ظرف عمل روشن بشود و اگر در ظرف عمل در مقابل این اطلاق نصّی یا ظاهری باشـد، مقـدمات اطلاق به هم می خورد و از ابتـداء هم ظهوری برای آن منعقد نمی شود.

در اینجـا هم می گـوییم که چـون «أوفوا بـالعقود» اطلاـق ازمـانی دارد، این اطلاـق ازمـانی نمی توانـد در مقابـل عموم افرادی مقاومت کند، بنابراین ما به عموم افرادی اخذ کرده و یک زمان خاصـی را هم خارج نموده و در بقیه ی ازمنه حکم به وجوب می کنیم، درست بر عکس آن چیزی که شیخ می فرمایند.

پرسش: ...

پاسخ: این می خواهد بگوید که اگر عالمی واجب الاکرام شد، همیشه واجب الاکرام است.

پرسش: ...

پاسـخ: چه بگوییم: «أکرم العلماء الا زیـداً» و چه بگوییم: «أکرم العلماء دائماً الا زیداً»، در هر دو صورت، یک تخصـیص بیشتر نخورده است و زیـد از تحت عمـوم افرادی خـارج شـده است و عموم ازمـانی در کـار نیست و به عبـارت دیگر اگر در عموم افرادی تصرف بشود، موضوعی عموم ازمانی از بین می رود.

پرسش: ...

پاسخ: گاهی از جمله استفاده می شود که حتی زید هم داخل در عام است، ولی مثلاً به دلیل منفصل ثابت شده است که روز جمعه خارج شده است، مثل اینکه گفته شود: «الا زیدا فی یوم الجمعه».

خلاصه اینکه امر دائر بین این می شود که ما عموم افرادی را حفظ بکنیم یا عموم ازمانی را و هیچکدام اولویت پیدا نمی کند.

پرسش: الان شما مبنای مرحوم آخوند را می فرمایید؟

پاسخ: بله، ما مبنای مرحوم آخوند را به شیخ عرض می کنیم می گوییم که شما بر اساس مبنای خودتان باید عکس آن چیزی را که می فرمایید، عمل کنید. البته ما مبنای مرحوم آخوند را قبول داریم.

بررسی مفاد روایت عروه ی بارقی

حال اگر ما پذیرفتیم که این روایت عروه بارقی از نظر عمل، قابل قبول است کما اینکه علامه و شیخ هم عمل کرده اند و متأخرین هم مرتب به آن استدلال کرده و در حول و حوش آن بحث می کنند، باید به مفاد آن بپردازیم.

گاهی ممکن است یک روایت از نظر سند اشکال نداشته باشد، ولی متن قابل اخذ نباشد و در نقل آن اشتباهی صورت گرفته باشد.

اشکال متنی روایت

اشکالی که به دلالت این روایت وارد است، عبارت از این است که این عقدی که در روایت به آن اشاره شده است، بالأخره فضولی است، چه اینکه هم شراء و هم بیعش فضولی باشد، یا اینکه فقط بیعش فضولی باشد. در فضولی هم قبض و اقباض جایز نیست، در حالی که در این مورد، عروه پول را از طرف مقابل قبض کرده و یکی از دو شاه را هم به او اقباض نموده است. اگر عقد فضولی بود، این کارها جایز نبود. بنابراین با توجه به اینکه قبل از آمدن اجازه، در شیء فضولی تصرف شده است، متن این روایت قابل قبول نیست و قهراً در اینجا یک اشتباهی شده است و باید این روایت را کنار بگذاریم.

ص: ۸۳

حل اشکال توسط شیخ

شیخ در حلّ این مشکل فرموده است: در فضولی، اگر علم به رضا نباشد، قبض و اقباض جایز نیست، ولی اگر علم به رضا بود، قبض و اقباض جایز است و کأنّ با توجه به این مطلب، اشکالی در متن روایت وجود نخواهد داشت، زیرا عروه به رضایت حضرت نسبت به این تصرفات، علم داشته است.

بنابراین اشکالی از ناحیه متن وارد نخواهد بود تا ما این روایت را کنار بگذاریم یا علمش را به اهلش بسپاریم، «ردّ علمه الی اهله».

ردّ توجیه شیخ

شیخ اینطور جواب داده است، ولی این فرمایش ایشان درست نیست، زیرا آنچه که ما از ادله استفاده می کنیم، رضایتی که در جواز تصرفات در ملک مالکین معتبر است، عبارت از رضایت فعلی است.

روایت: «لا یحلّ مال امرئ مسلم الا عن طیب نفسه» ظهور در طیب و رضایت فعلی دارد، نه رضایت تقدیری و در مورد بحث ما حضرت رضایت فعلی نداشته است، زیرا پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) ظاهراً از او پرسید: چکار کردی؟ او هم جریان را برای حضرت نقل کرده است و حضرت هم به او احسنتی فرموده است.

بنابراین حضرت علم به این جریان نداشته است که سؤال فرموده است. در نتیجه نمی توانیم با این فرمایش ایشان مشکل متنی روایت را حل بکنیم.

البته بعداً خود ایشان به شکل دیگری این اشکال را حل می کنند. (البته این نظر شیخ این نیست)

ایشان (۱) می فرمایند: ظاهر این روایت این است که پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) جریان را نمی دانسته، ولی احسنت پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) برای خاطر خود شخص عروه است، زیرا عروه خیال می کرده است که پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) به همه چیز علم فعلی دارد (۲) و می داند که او چکار می کند و راضی به این کار او هم هست.

۱-

۲-

مطابق دستوری که پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) فرموده بوده، شاهی تهیه نموده و پول را هم به حضرت ردّ کرده است. این چیزی است که از روایت استفاده می شود، نه اینکه حضرت شاه خوبی خواسته باشد و او با پول یک شاه خوب، دو شاه مردنی خریده باشد و یکی را هم فروخته باشد. عروه دو شاه خریده که ارزش هر کدام یک دینار بوده است.

خلاصه اینکه عروه علم فعلی به رضایت پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) داشته است و به همین خاطر تصرف کرده است و حضرت هم به او به خاطر این اعتقاد و حسن انقیادش احسنت گفته و معامله را هم اجازه کرده است.

ایشان این طوری می فرمایند، ولی به نظر می رسد که این توجیه درست نباشد و احسنت حضرت از این بابت نمی باشد و اصلاً این مباحث در کتب بعدی ها مطرح شده است.

راه حل استاد

در حل اشکال شاید بشود اینطور گفت که در باب رضا، اگر تصور موضوع مساوق با اجازه باشد، کفایت می کند، مثل اینکه یکی از رفقای زید به منزل او آمده باشد و مثلاً یک استکان چایی بخورد، در حالی که زید علم به آمدن او ندارد، در این صورت اگر به زید بگویند: رفیق شما به خانه ی شما آمده و مشغول به خوردن چایی است، بلافاصله، زید رضایت خود را ابراز خواهد کرد. بنای عقلاء و حکم مسلم شرعی هم چنین رضایتی را کافی می داند و لزومی ندارد که شخص مالک به تمام افراد علم و رضایت فعلی داشته باشد و همین مقدار که تصور موضوع، مساوق با اجازه باشد، کافی است.

ص: ۸۵

عکس این قضیه هم صادق است، به این معنی که گاهی شخص مالک رضایت فعلی و کراهت تقدیری دارد، مثلاً خیال می کند که این مال، متعلق به شخص دیگری است، در حالی که مال متعلق به خود اوست و رضایت فعلی هم به تصرف در این مال دارد، ولی اگر بداند که این مال متعلق به خود اوست، راضی به تصرف در آن نخواهد بود. در اینجا هر چند مالک رضایت فعلی دارد، ولی اگر طرف مقابل بداند که این رضایت بر اساس تخیلِ اشتباه است، نمی تواند در آن مال تصرف بکند.

در اینجا هم وقتی عروه جریان را نقل کرده است، حضرت بدون تأمل، احسنت فرموده است و به نفس تصور ابراز رضایت نموده است و همین کفایت می نماید.

رضایت تقدیری

البته کفایت یا عدم کفایت رضایت تقدیری بحث دیگری است، به این معنی که گاهی شخص رضایت به کاری ندارد، ولی اگر فواید آن کار برای او بیان بشود، راضی می شود. این نوع رضایت، رضایت تعلیقی تقدیری است و کفایت این نوع رضایت، محل بحث و تأمل است.

بنابراین اگر تصور موضوع مساوق با رضایت باشد، کفایت می کند و همین که بعد از نقل جریان، حضرت کار او را تأیید نموده است، کافی در جواز تصرف اوست، ولی اگر کار به نحوی بود که برای حصول رضایت پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم)، نیاز به ذکر مقدمات و فوائد و ثمرات بود، چنین رضایتی که تقدیری و تعلیقی است، جای بحث و تأمل دارد که آیا قانون «ما علی المحسنین من سبیل» در این موارد جاری است یا جاری نیست؟

ص: ۸۶

پس بنـابراین در اینجـا نیـازی نیست که بگوییم: عروه علم فعلی حضـرت را می دانسـته یا نه و ظاهر هم عبارت از این است که حضـرت علم فعلی نداشـته است یا اینکه علم فعلی داشـته، ولی مثل «هِیَ عَصایَ أَتَوَکَّؤُا عَلَیْها» می خواسـته است که مکالمه ای بکند و استفساری داشته باشد.

پرسش:...

پاسخ: او خیال می کرده است که این تصـرف او جایز است و حضرت هم عالم و راضی است و رضایت بالفعل دارد، در حالی که واقعاً چنین رضایتی نداشته است و لذا بعداً سؤال می فرماید، ولی حضرت به خاطر حسن انقیاد او، احسنت گفته است.

پرسش: پس جواز تصرف ندارد.

پاسخ: بله، بحث ایشان این است که جواز تصرف نداشته است، ولی احسنت را دارد. البته نظر ما این است که جواز تصرف هم داشته است.

پرسش: یعنی اگر واقعاً رضایت نداشت، جواز تصرف نبوده است؟

پاسخ: نه، اگر رضایت نباشد، جواز تصرف نیست.آخ

استدلال به روایات برای صحت فضولی (روایت عروه بارقی– صحیحه محمد بن قیس) ۹۳/۰۷/۰۲

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: استدلال به روایات برای صحت فضولی (روایت عروه بارقی– صحیحه محمد بن قیس)

خلاصه درس:

استاد در این جلسه به ادامه ی بررسی روایت عروه ی بارقی پرداخته و صور مختلف تصحیح تصرف عروه را در ملک حضرت بیان می فرمایند.

ایشان در آخر این بحث دلالت این روایت بر صـحت فضولی را ناتمام دانسته و تصریح می فرمایند که بجز علامه، هیچ یک از علماء این روایت را دال بر صحت فضولی ندانسته اند.

روایت دیگری که مشـعر به صـحت فضولی است، روایت صحیحه ی محمدبن قیس است که در این جلسه، روایت ذکر شده و بررسی کامل آن به جلسه ی بعد موکول شده است.

ص: ۸۷

ادامه ی بررسی روایت عروه ی بارقی

صور تصحیح تصرف عروه در ملک حضرت

ظاهر دعای حضرت در روایت عروه ی بارقی عبارت از این است که خلافی از عروه و لو تجری، سر نزده است و از استحقاق تحسین داشتن او چنین چیزی استفاده می شود.

حسن نیت عروه عامل استحقاق تحسین حضرت

پس بنابراین با توجه به اینکه تصرف در اموال اشخاص نیاز به رضایت فعلی دارد، ایشان فرمودند که شاید عروه در هنگام فروش و تصرفی که در ملک پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) می کرده است، علم به رضایت فعلی حضرت داشته است، هر چند ثبوتاً چنین چیزی نبوده است.

خلاصه اینکه چون عروه حسن فاعلی و حسن نیت داشته است، بر همین اساس مورد تحسین قرار گرفته است، ولو اینکه در واقع رضایت فعلی وجود نداشته است.

کفایت رضایت شأنی

تصور دیگر در این مسئله عبارت از این می باشد که عروه اعتقاد به رضایت شأنی داشته است و با توجه به اینکه رضایت شأنی در تصرفات کفایت می کند، او هم خودش را متجری حساب نمی کرده است و خلاصه اینکه چه رضایت فعلی را شرط بدانیم و چه رضایت شأنی را، در هر دو صورت، میزان تخیل اوست و چنین تصویری خیلی متعارف تر از آن است که بگوییم: چنین چیزی مبتنی بر یک مسئله ی کلامی است و در صدر اسلام اعتقاد صحابه بر این بوده است که حضرت، بالفعل به همه چیز علم فعلی دارد.

به عبارت دیگر، عرف متعارف در خیلی جاها، رضایت شأنی را کافی می دانند و در همین اندازه که اگر به شخص عرضه شد، ابراز رضایت بکند، کفایت می نماید.

ص: ۸۸

پس بنابراین با این تصور هم عروه مستحق تحسین خواهد بود. و شاید این تصور بهتر از تصور قبل باشد.

رضایت تقدیری

طبق تصور ثالث - که نظر شیخ است - می توانیم بگوییم که نقل و انتقال واقع شده است و آن کسی که پول را می دهد، به عنوان ملکیت می دهد و پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) واقعاً مالک شده است و همان علم به رضایت ولو رضایت تقدیری، برای خروج از فضولی بودن، کافی می باشد.

شیخ می فرماید: در کفایت علم به رضایت تقدیری، مشکلی نیست، ولی نسبت به کسی که شاه را خریده و می خواهد پول بدهد، اگر علم به فضولی بودن معامله داشته باشد، اشکالی ندارد و می داند که بعد از گذشت مقداری زمان، تکلیف معامله روشن می شود، ولی او از کجا می دانسته است که این عقد فضولی است؟!

عروه که به او نگفته بوده است من مالک نیستم و بدون اجازه این کار را می کنم. و خلاصه اینکه علم پیدا کردن مشتری به فضولی بودن معامله بسیار مشکل است.

البته می توانیم بگوییم که علم به صحت معامله داشته و خیال می کرده است که معامله صحیح است، ولی رضایت به صحت تنها کفایت نمی کند. در بحث مبغوض به عقد فاسد هم گفته شد که اگر رضایت از روی اشتباه باشد، کفایت نمی کند و اگر شخص با علم به اینکه مال، متعلق به خود اوست، راضی باشد، تصرف در این مال جایز خواهد بود، ولی اگر بفهمد که این مال، متعلق به خود اوست، حاضر به این نباشد که مثلاً این مال را در اختیار طرف مقابل بگذارد، در این صورت، تصرف جایز نخواهد بود.

بنابراین، چنین رضایتی با اینکه رضایت بالفعل است، ولی چون بر اساس جهل به فضولییت است، کفایت نمی کند.

در مقابس هم تصریح می کند که هر چند رضایت فعلی وجود دارد، ولی چون از بابت جهل به فضولیت است، چنین رضایتی بی فایده است.

در مقبوض به عقد فاسد هم باید مالك اصلی بر فرض فساد عقد و بقای ملکیتش، راضی به تصرف طرف مقابل باشد که در چنین صورتی تصرف بلااشکال خواهد بود.

در اینجا هم ما نمی دانیم که اگر علم به فضولی بودن معامله داشت، باز هم راضی به این معامله بود یا نه و از کجا می توانیم رضایت این شخص را حتی بر فرض فضولی بودن احراز بکنیم؟!

گاهی شخصی که چیزی را خریده است، می خواهد که تکلیفش زودتر روشن بشود و جنس را به شخص دیگری بفروشد و خلاصه اینکه ما نمی توانیم رضایت مشتری را در صورت فضولی بودن معامله، احراز بکنیم. اگر معامله فضولی باشد، مشتری برای روشن شدن تکلیفش باید صبر بکند تا پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) معامله را قبول بکند و خبر قبول حضرت به او برسد تا تکلیف معامله روشن بشود.

پس بنابراین، نتیجه ی این مقدمات عبارت از این است که عروه معتقد به صحت معامله بوده است و همین مقدار حسن انقیاد و حسن نیت برای استحقاق تحسین کافی است.

عروه حسن نیت به خرج داده و می گفته است که با این کار معامله ی صحیح واقع می شود و احتیاجی به چیزهای دیگر نیست. شیخ می خواهد با این مقدمات اثبات بکند که واقعاً هم صحیح بوده است، ولی مختار ایشان را با این مقدمات نمی شود اثبات کرد.

ص: ۹۰

پس بنابراین ممکن است که این عقد فضولی باشد، هر چندکه عروه معتقد بوده است که فضولی نیست و حسن نیت داشته است.

دلالت روایت بر صحت فضولی؟

یک بحث راجع به این مطلب است که آیا این مورد فضولی است یا فضولی نیست و ممکن است ما بگوییم که علم به رضا از فضولیت خارج می کند و ممکن هم هست که بگوییم که علم به رضا از فضولیت خارج نمی کند و شاید عقد در این روایت فضولی باشد.

بحث دیگر در این است که آیا از تحسین پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) در این روایت می توانیم استفاده بکنیم که فضولی صحیح است؟

اصل بحث در این است که آیا ما می توانیم برای صحت فضولی به این روایت استدلال بکنیم یا نه؟ و خروج از فضولی با علم به رضا، از فروع این مسئله می باشد که ما هم گفتیم: با علم به رضا، از فضولی خارج نمی شود.

عدم استناد علماء به این روایت (بجز علامه)

از محقق اردبیلی و شاید به تبع ایشان از برخی دیگر و علامه در بعضی جاها نقل شده است که این روایت دلیل بر صحت فضولی نیست، زیرا محتمل است که عروه وکیل مطلق بوده و تمام کارهای او بر اساس وکالت مطلق بوده باشد و هر جا که صلاح بداند، معامله بکند و در اینجا هم با صلاحدید خود اینطور معامله کرده است. طبق این احتمال، مسئله هیچ ارتباطی به فضولی نخواهد داشت.

فقط علامه این روایت را در مسئله ی فضولی آورده است و شیخ طوسی هم که روایت را نقل می کند، به عنوان فضولی نیست و فقط تصریح می کند که شراءش فضولی نیست و دیگر متعرض چیزی نشده است.

بنابراین شیخ این روایت را به عنوان فضولی در جایی نیاورده است و فقط علامه در کتابش ذکر کرده است و اگر عروه را وکیل مطلق بدانیم، قهراً این روایت مربوط به فضولی نخواهد بود.

خلاصه اینکه به نظر می رسد غیر از اینکه این روایت صحیح السند نیست، نمی شود با آن صحت فضولی را اثبات کرد.

پرسش: عقیده اش این بوده فضولی نیست.

پاسخ: می دانم. ممکن است که واقعاً وکیل بوده باشد و خلاصه ارتباطی به مسئله ی مورد بحث ما نخواهد داشت.

پرسش: ما هیچ قرینه ای نداریم که وکیل نباشد.

پاسخ: عرض بنده این است که یکی از احتمالات این است که عروه وکیل بوده باشد و یک احتمال هم این است که وکیل نبوده و عقد فضولی باشد. اگر ما بخواهیم برای فضولی به این روایت استدلال بکنیم، باید ثابت بکنیم که عروه وکیل نبوده است و احتمال وکیل بودن او، برای مناقشه در استدلال به این روایت کافی است.

وکالت در امور مالی، دلیل بر وثاقت نیست (زیاد بن ابیه)

یکی از کسانی که علامه حلّی در قسم اول خلاصه از ممدوحین ذکر کرده است، زیاد بن ابیه، پدر عبیدالله است. چون زیاد بن ابیه از طرف حضرت وکیل بوده است، ایشان متوجه نشده است که این وکیل حضرت همان ملعون کذایی است.

چون این شخص در امور مالی مسلط بوده است، از طرف حضرت عهده دار این کار شده است، فارغ از اینکه آدم خوبی بوده یا نبوده است.

ایشان ذکر کرده است که زیاد وکیل حضرت بوده است، ولی وکالت در امور مالی دلیل بر وثاقت شخص نیست و همین مقدار که در کارهای اقتصادی تبحر داشته باشد، کفایت در وکالت می نماید.

پرسش:...

پاسخ: ظاهر روایت این است که که حضرت فرموده است: برو و یک گوسفند بخر.

اگر کسی وکالت مطلقه داشته باشد، به این معنی است که هر طور مصلحت دید، عمل بکند. حضرت هم احتیاج به یک گوسفند داشته است و در صورت وکالت مطلقه، عروه اختیار داشته است که شکل های دیگری را هم انجام بدهد.

پس بنابراین اگر سند این روایت هم درست باشد، دلالتش تمام نبوده و از نظر مضمون قابل استناد نیست.

اشعار صحیحه ی محمد بن قیس بر صحت فضولی

روایت دیگری که شیخ نقل کرده و می فرماید: این روایت را کأنّ به عنوان دلیل نمی توانیم ذکر کنیم و فقط اشعار به مسئله دارد، صحیحه ی محمدبن قیس است.

عبارت صحیحه این است:

«علی بن إبراهیم عن أبیه عن ابن أبی نجران عن عاصم بن حُمید عن محمد بن قیس».

در عربی، ما اسم حَمید نداریم و فقط تعبیر به عبدالحَمید هست. حَمید اسم خداست و در هر جایی که حمید هست، حُمید است.

هیچ اشکالی در سند این روایت نیست و چون قدیمی ها به وثاقت ابراهیم بن هاشم تصریحی نکرده بودند، از این روای تعبیر به حسنه تعبیر می کردند، ولی متأخرین او را ثقه می دانند. نظر ما هم همین است و قهراً این روایت صحیحه خواهد بود.

ص: ۹۳

«عن محمد بن قیس عن أبی جعفر (علیه السلام) قال».

من خیال می کنم که این روایت از کتاب القضایای محمدبن قیس باشد که قضایای امیر المؤمنین (علیه السلام) را جمع آوری کرده است و خلاصه اینکه صحت این روایت منوط به صحت ابراهیم بن هاشم نیست و اگر هم ایشان را موثق ندانیم، ولی آن کتاب طریق صحیحی دارد و خیلی مسلم است.

پرسش: ...

پاسخ: خود محمد بن قیس (صاحب القضایا) توثیق شده است و حرفی در او نیست.

«عن أبی جعفر (علیه السلام) قال: قضی أمیر المؤمنین صلوات الله علیه فی ولیده باعها ابن سیدها وأبوه غائب (۱) »، یک کنیز اولادداری متعلق به شخصی بوده است و در غیبت این شخص، پسرش این کنیز را فروخته است.

«فاستولدها الذی اشتراها فولدت منه غلاماً»، مشتری هم خریده و پسری از او به دنیا آورده است.

الان این کنیز دو مالک دارد: یکی مالك واقعی و دومی هم مالکی است که این کنیز در دست اوست.

«ثم جاء سیدها الاول فخاصم سیدها الاخر»، مالك اولی آمده و با مالك دومی مخاصمه کرده و می گوید: این کنیز ملك من است و پسرم بدون اجازه ی من این کار را انجام داده است و باید این کنیز به من ردّ بشود.

پرسش: ولیده ام ولد است.

پاسخ: بله باید اولاد داشته باشد.

پرسش: ...

پاسخ: کنیز را خریده و بعداً وقاع انجام شده است.

پرسش: ...

۱- الکافی، الشیخ الکلینی، ج ۱۰، ص۲۰۹.

پاسخ: لازم نیست که از اول صاحب فرزند بوده باشد و به همین اعتبار که بعداً ولیده شده است، کفایت در این تعبیر می کند.

پرسش: سید اولی می گوید ولیدتی..

پاسخ: اشکال ندارد، عبارت او به این معنی است که این کنیزی که الان صاحب بچه شده، متعلق به من است.

«ثم جاء سیدها الاول فخاصم سیدها الاخر فقال: ولیدتی باعها ابنی بغیر إذنی».

پیداست که بعضی از جزئیات در اینجا نقل نشده است و این مسئله مسلم بوده است که پسر بدون اجازه این کار را کرده است، زیرا در غیر این صورت، باید پسر می گفت که من با اجازه این کار را کرده ام و منازعه ای بین پدر و پسر حاصل می شد.

«فقال..»، مالك اولی هم برای حل مشکل به حضرت مراجعه نموده است.

حضرت هم فرموده است: «الحکم أن یأخذ ولیدته و ابنها»، حکم شرعی قضائی مسئله این است که باید ولیده و فرزندش را اخذ کند، زیرا فروش او بی اذن بوده است.

البته راجع به فرزندش اینطور گفته شده است که وقتی پسر بدون اذن این کار را کرده و کنیز را فروخته است، مشتری علم به فضولی بودن نداشته است و برای او خریدن با ید هم جایز بوده است و بعد هم با خیال اینکه این کنیز ملك خود اوست، وقاع کرده و صاحب فرزند شده است. در اینجا که این ولیده واقعاً ملك او نبوده است، فرزند به دنیا آمده ولد شبهه و حلال است و متعلق به مالك اولی نخواهد بود، زیرا ولد حرّ خواهد بود.

حال باید ببینیم که چرا حضرت اینطور حکم داده است که مالک اولی بچه را هم باید بگیرد.

در بیان این مسئله مطلبی گفته اند که در روایت دیگری هم به آن اشاره شده است. در اینجا شخص این کنیز را خریده و تصرفاتی در آن نموده و متمتع شده است و از این بابت بدهکار به مالک اول شده است و حضرت هم برای استیفای بدهی و دریافت اجره المثل اینطور فرموده است که ولد او را نگه دارد تا اجرت کنیز را از مشتری استیفاء بکند.

البته آن پولی که مشتری به پسر داده است، بحث دیگری است و باید آن را بگیرد.

پرسش: فرزند ولیده حرّ است.

پاسخ: می دانم که حرّ است، ولی در روایت دیگری هم وارد شده است که جایز است حرّ را نگه دارد تا طلب خود را استیفاء بکند.

در روایت دیگر هم (صحیحه یا موثقه) این مطلب وارد شده است. در اینجا هم به صورت «قضیهٌ فی واقعهٍ» می باشد و جزئیات نقل نشده است. در اینجا هم اگر مالک اولی، این پسر را نگه نمی داشت، او هم حاضر نبود که اجرت تصرفات و تمتعات خودش را بدهد.

«فقال: الحکم أن یأخذ ولیدته وابنها، فناشده الذی اشتراها»، مشتری حضرت را قسم داد و التماس کرد که به داد ما برسید و این نمی شود که این بچه اینطور از دست من برود و پرداخت پولی هم که مالک اصلی می خواهد، برای من خیلی سنگین است.

امام (علیه السلام) فرمود: «خذ ابنه الذی باعک الولیده (۱) »، تو هم پسر او را که این ولیده را به تو فروخته است، نگه دار. زیرا او هم باید این خرج هایی که به گردن مشتری گذاشته است را بعداً بپردازد.

۱- الکافی، الشیخ الکلینی، ج ۱۰، ص ۲۱۰.

«خذ ابنه الذی باعک الولیده حتی ینقذ لک البیع».

وقتی مالک اصلی می بیند که پسر خودش هم نگه داشته می شود، می گوید که بهتر این است که ما اجازه بدهیم تا این بیع صحیح باشد.

«فلما أخذه قال له أبوه: أرسل ابنی: قال: لا والله لا ارسل إلیک ابنک حتی ترسل ابنی فلما رأی ذلک سید الولیده أجاز بیع ابنه (۱) »، وقتی مالک اولی اینطور دید، بیع پسرش را اجازه داد و از این روایت استفاده می شود که با توجه به اینکه إذنی وجود نداشته است، اجازه ی فضولی نافذ می باشد.آخ

تمسک به صحیحه ی محمد بن قیس برای صحت عقد فضولی ۹۳/۰۷/۰۵

.Your browser does not support the audio tag

تمسک به صحیحه ی محمد بن قیس برای صحت عقد فضولی

خلاصه درس:

استاد در ابتداء به بررسی صحیحه ی محمد بن قیس پرداخته و اشکال شیخ به اضطراب متن این روایت را مطرح می نمایند. ایشان پس از اشاره بر نقدی که بر اشکال شیخ شده است، در آخر به توجیه و تصحیح کلام ایشان می پردازند. استاد در ادامه توجیه شیخ نسبت به این روایت را بیان نموده و در آخر نظر خودشان در صحت تمسک به این روایت برای عقد فضولی را مطرح می نمایند.

بررسی صحیحه ی محمد بن قیس

یکی از روایاتی که برای صحت تأهلی بیع فضولی به آن استدلال شده است، صحیحه ی محمدبن قیس است. نجاشی در کتابش چهار محمدبن قیس را ذکر کرده است که سه نفر از اینها از اصحاب حضرت باقر (سلام الله علیه) هستند و دو نفرشان هم علاوه بر اینکه از اصحاب حضرت باقر (علیه السلام) هست، کتاب القضاء عن امیرالمؤمنین (علیه السلام) هم دارند، هر دوشان. منتهی دوتای دیگر از آن محمد بن قیس ها تألیفی برای آنها نجاشی ذکر نکرده، مؤلف دوتاست. نجاشی هم یکی از این دو را صریحاً توثیق کرده و راجع به دیگری هم اینطور نوشته است که وجهی از وجوه عرب است.

۱- الکافی، الشیخ الکلینی، ج۱۰، ص۲۱۰.

محمدبن قیسی که این روایت مورد بحث ما در کتاب اوست، صریحاً از جانب نجاشی توثیق شده و محمدبن قیس بَجَلی است. نفر دیگری هم که مؤلف کتاب است، محمد بن قیس اسدی است و خلاصه اینکه این دو از نظر قبیله با هم متفاوت هستند و

این یکی از قبیله ی بنی اسد و اولی از قبیله ی بجیله است.

البته کنیه ی این دو هم با هم تفاوت دارد، صاحب روایت ما ابوعبدالله است و این دومی هم ابونصر است.

به هر حال نجاشی راجع به این کتاب قضاءی که روایت ما در آن نقل شده است، اینطور تعبیر کرده است که «الکتاب المعروف بالقضاء»، یعنی از کتب معروف امامیه است.

راجع به متن این روایت شبهاتی بیان شده است و مرحوم سید هم در حاشیه ی عروه شش اشکال در اینکه متن این روایت اضطراب دارد و نمی شود به آن اخذ کرد را ذکر نموده است.

البته این اشکالات چندان اهمیتی ندارد و لذا شیخ با توجه به اینکه خیلی قابل بحث نمی دانسته، عنوان نکرده است. آقایان می توانند مراجعه بکنند و این اشکالات را مطالعه نمایند.

اشکال شیخ به اضطراب متن روایت

شیخ فقط یک اشکال را طرح کرده و در صدد جواب به آن برآمده است. البته بعد هم می فرماید که این اشکال به حدّ دلیل نمی تواند باشد.

ایشان می فرماید: یکی از چیزهایی که مورد اجماع بین اصحاب امامیه است، عبارت از این است که اگر ما فضولی را صحیح هم بدانیم، در صورتی صحیح است که قبلاً مالک اصیل عقد فضولی را ردّ نکرده باشد، ولی اگر عقد فضولی را ردّ کرد، چنین عقدی با اجازه تصحیح نمی شود.

ص: ۹۸

خلاصه اینکه، اجازه در صورتی است که صلاحیت و قابلیت وجود داشته باشد و قابلیت هم قبل از ردّ است نه بعد از ردّ. در روایت هم شواهدی وجود دارد که دلالت بر این می کند که مالک اصلی چنین عقدی را ردّ کرده است. یکی از شواهد عبارت از این است که اولاً ـ خصم طرف مقابل را به محاکمه کشیده است و می گوید: پس من بدون إذن من این کنیز را فروخته و این کنیز مال من است و معنای ردّ هم همین است و لازم نیست که شخص از عبارت «أرُدُّه» و امثال آن استفاده کرده باشد. همین که اظهار می کند که من این عقد را قبول ندارم و پسرم کار بی خودی انجام داده است، همین به معنای ردّ می باشد.

دوم عبارت از این است که اگر ردّ نکرده باشد، نباید امام (علیه السلام) فوری به مالک اصلی بگوید: کنیز و بچه اش را بردار و برو، بلکه باید بگوید: اگر عقد را ردّ کردی، اینها را بردار و برو و اگر هم قبول کردی، معامله صحیح خواهد بود و خلاصه اینکه حضرت یک دفعه بدون هیچ قید و شرطی اینطور فرموده است، شاهد بر این است که مالک اصلی عقد را ردّ کرده است.

استدلال شهید اول به روایت برای صحت فضولی و کاشفیت اجازه

یک نکته ای که مناسب است به اشاره بکنم، عبارت از این است که طبق نقل شیخ، شهید اول در کتاب دُرُوس ظاهراً به این روایت برای صحت فضولی استدلال کرده است و روایت را دالّ بر فضولی و شاهد بر کاشفیت اجازه دانسته است.

ص: ۹۹

یکی از بحث هایی که بعداً مطرح خواهد شد، عبارت از این است که آیا اجازه ناقل است، یا کاشف هر چند که کشف حقیقی نباشد و خلاصه اینکه این اختلاف مهمی است و بعداً به آن خواهیم پرداخت.

شهید این روایت را علاوه بر دلالت بر صحت فضولی، شاهد بر کاشفیت اجازه دانسته است، زیرا اگر اجازه ناقل باشد، مشتری باید اجره المثل تمتعاتی که در این مدت برده است را بپردازد و در این روایت هم بعد از اینکه مالک اصلی اجازه داده است، حضرت نفرموده است که کنیز و پسرت را بردار، منتهی اجره المثل تمتعاتی که در این مدت برده ای را به مالک اصلی باید بپردازی. خلاصه اینکه به همین جهت این روایت دالّ بر این خواهد بود که اجازه کاشف است نه ناقل.

ادامه ی بیان اشکال شیخ

شیخ می فرمایند اشکال این روایت، خلاف اجماع بودنش است. بعد هم ایشان می فرماید: اجازه ای که بعداً صادر شده است، ظهور در این دارد که این اجازه برای تصحیح معامله بوده است و شخص می خواسته است که مورد را طبق قانون شرع مقدس تطبیق بکند. بلااشکال چنین ظهوری در اینجا وجود دارد، از طرف دیگر هم روایت ظهور در این دارد، بلکه صریح است که اجازه بعد از ردّ واقع شده است و در قانون شرع هم اجازه ی بعد از ردّ صحیح نیست و خلاصه این دو ظهور در اینجا هست و برای حل این مشکل باید تصرفی انجام بشود.

ایشان می فرمایند: ممکن است اینطور تصرف بکنیم که مخاصمه ی مالک را ظاهر در ردّ بدانیم، نه نصّ در ردّ و بعد هم ظهور در مصحح بودن اجازه را حفظ کرده و از ظهور روایت در اجازه ی بعد از ردّ رفع ید بنماییم. قهراً با این تصرف، تصحیح اجازه ای که مورد نظر ماست، درست خواهد بود.

ص: ۱۰۰

خلاصه اینکه ایشان اینطور تعبیر می فرمایند، ولی در ادامه به این نکته اشاره می نمایند که اگر بخواهیم یک ظهور را بر دیگری ترجیح دهیم و از ظهور دیگر رفع ید نماییم، باید ترجیح جالب و قابل توجهی داشته باشیم تا از یک طرف صرف نظر نماییم و اینطور نیست که عقلاء، مقدار کمی ارجحیت را در چنین تصرفاتی کافی بدانند.

خلاصه اینکه، این ترجیح فی الجمله ی یک ظهور بر ظهور دیگر، مناسب برای تأیید ادله ی دیگر است و در حدّ اشعار است، نه اینکه دلیل بر فرمایش ایشان باشد.

نقد استاد بر فرمایش شیخ

البته برخی از فرمایشات شیخ خیلی روشن نیست مثل اینکه ایشان می فرماید: مخاصمه ی مالک علامت این است که عقد را ردّ کرده است و همین معنای ردّ است و لازم نیست که تعبیر به جمله ی «أردّ کذا» بشود. ممکن است که این فرمایش ایشان را کسی تصدیق بکند یا تصدیق نکند.

این یک وجه است، ولی وجه دوم عبارت از این است که شیخ می فرماید: اگر مالک ردّ نکرده بود، قاعده اش این بود که امام (علیه السلام) به هر دو صورت اجازه و ردّ اشاره می فرمود و همین که بدون تأمل فرموده است که کنیز و بچه را به صاحب اصلی بده، دلالت بر این دارد که ردّ کردن عقد مفروض بوده است و به همین جهت امام هیچ فرمایشی در اینجا نکرده است.

این فرمایش شیخ بود، ولی همه ی آقایان به این فرمایش ایشان اشکال کرده اند که برای مالک بودن مالک اصلی و مالک نبودن طرف مقابل نیازی به ردّ مالک اصلی نیست و قبل از اجازه، شخص اول مالک بالفعل است، هر چند که عقد قابلیت اجازه را دارد و با گفتن: «أجزت» این ملکیت به مشتری منتقل می گردد.

تصحیح فرمایش شیخ

البته شاید نظر شیخ عبارت از این باشد که شأن امیرالمؤمنین (علیه السلام) در قضایا بر این است که در درجه ی اول مصالحه بین طرفین واقع بشود و معمولش این نیست که حضرت در همان ابتداء حکمی به یک طرف بدهند و در اینجا هم قاعده این بود که حضرت به مالك اصلی بگوید: مصلحت این است که تو اجازه بدهی و دعوا ختم بشود، بخصوص اینکه مشتری از این کنیز صاحب اولاد شده است.

خلاصه اینکه، طبق قاعده باید حضرت اینطور مصالحه می فرمودند و از اینکه چنین چیزی در روایت نیست و حضرت یک دفعه چنین حکمی را صادر کرده است، اینطور استفاده می شود که ردّ مالك اصلی مفروض بوده است و زمینه ی چنین مصالحه ای وجود نداشته است. کأنّ فرمایش شیخ اینطور است.

بیان توجیه شیخ راجع به دلالت روایت

بعد هم خود ایشان می فرمایند که ما باید نسبت به این روایت توجیهاتی بیان بکنیم. یک توجیه عبارت از این است که بگوییم: ظهور روایت در ردّ مالك اصلی، در حدّ ظهور کامل و دلالت نیست و شهید اول هم در دُرُوس در بحث فضولی به این روایت استدلال نمی کند و در جای دیگر به تناسب، کلمه دلالت را به کار برده است که شیخ می فرمایند: مراد ایشان از دلالت، دلالت ظنّی است، نه دلالت ظاهر و برخی اوقات به دلالت ظنّی هم تعبیر «دلاله» می کنند مثل اینکه گفته می شود: «له دِلاله ظنّیه».

ص: ۱۰۲

بنابراین ظهور روایت در ردّ کامل نیست و شهید هم به همین جهت در محل خودش به این روایت تمسک نکرده است.

نظر استاد

البته انصاف قضیه عبارت از این است که طبق فرمایش شیخ، ظهور این روایت در ردّ مالک، ظهور قویّی نیست، برخلاف ظهورش در مؤثر بودن شرعی اجازه. گاهی اوقات مالک اطلاعی از انجام عقد ندارد و نمی داند که ملك او را فروخته اند و تا مادامی که عملاً ردّ خودش را اظهار نکند، خیلی روشن است که نه ردّ وجود دارد و نه اجازه. در روایت هم هر چند محاکمه و مخاصمه ای که از طرف مالك واقع شده است، فی الجمله ظهوری در ردّ دارد، ولی این ظهور ضعیف است و در برابر ظهور قانوع شرع امیرالمؤمنین (علیه السلام) نسبت به مصحح بودن اجازه، نمی تواند مقاومت بکند.

گاهی اوقات شخص نه ردّ کرده است و نه اجازه داده است و باید جوانب کار را مورد بررسی قرار بدهد و اینطور نیست که مخاصمه ظهور قوی در ردّ داشته باشد. مالك باید به فکر این باشد که اگر عقد را ردّ کرد، پولی را که پسرش گرفته را چطور باید تهیه بکند و مواردی از این قبیل که موجب این می شود که مالك تأمل نماید و در مقام ردّ یا اجازه نباشد.

خلاصه اینکه احتمالات مختلفی در روایت هست و ظهور مخاصمه در ردّ توان مقاومت در برابر ظهور مصحح شرعی بودن اجازه را ندارد و لذا می توانیم به این روایت تمسک بکنیم.آخ

ص: ۱۰۳

دلالت نکاح فضولی به طریق اولویت ۹۳/۰۷/۰۶

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: دلالت روایات بر صحت بیع فضولی- دلالت نکاح فضولی به طریق اولویت

خلاصه درس:

استاد در این جلسه به بررسی روایاتی که برای صحت فضولی به آنها استدلال شده است می پردازند و وجوه دلالت این روایات را بیان می فرمایند. ایشان در ادامه به نظر شیخ راجع به مؤید بودن این روایت اشاره نموده و آن را مورد بررسی قرار می دهند.

بحث دیگری که در این جلسه به آن پرداخته شده است، دلالت صحت نکاح فضولی بر صحت بیع فضولی از باب اولویت می باشد که اشکال شیخ به این استدلال هم مورد بررسی و نقد استاد قرار می گیرد.

استدلال به برخی روایات برای صحت فضولی

یکی از روایاتی که در کتاب البیع برای صحت فضولی به آن استدلال شده است و شیخ انصاری هم به عنوان تأیید آن را ذکر کرده است، روایتی است که عبد بدون إذن مولا عقدی را انجام داده است که طبق بیان روایت، بعداً با اجازه ی مولا این عقد تصحیح می شود.

زراره قبلًا سنّی بوده است و بعد شیعه شده است و لذا شیوخ سنّی هم دارد که آنها حکم به بطلان نکاح کرده اند، ولی امام می فرماید: آنها اشتباه کرده اند و نکاح با اجازه تصحیح می شود.

حال من عبارت را می خوانم:

«و منها الاخبار المستفیضه الوارده فی باب النکاح»، بعضی های برای مورد بحث ما در باب بیع، به اخباری که در باب نکاح وارد شده است، استدلال کرده اند.

«کصحیحه زراره عن ابی جعفر (علیه السلام) قال: سَأَلْتُهُ عَنْ مَمْلُوكٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فَقَالَ ذَاكَ إِلَى سَيِّدِهِ إِنْ شَاءَ أَجَازَهُ وَ إِنْ شَاءَ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا» (۱) .

ص: ۱۰۴

۱- وسائل الشيعه، الشيخ الحر العاملی، ج۲۱، ص۱۱۴، أبواب نكاح العبيد والاماء، باب۲۴، ح۱، ط آل البيت.

از این روایت استفاده می شود که عقد با اجازه تصحیح می شود و نیازی به عقد جدید نیست و مولا هم می تواند عقد را

امضاء کند و هم می تواند امضاء بکند، ولی اگر امضاء کرد، کفایت می کند.

«قُلْتُ أَصْلَحَکَ اللَّهُ إِنَّ الْحَکَمَ بْنَ عُتَیْبَهَ وَ إِبْرَاهِیمَ النَّخَعِیَّ وَ أَصْحَابَهُمَا یَقُولُونَ إِنَّ أَصْلَ النِّکَاحِ فَاسِدٌ وَ لَا یَحِلُّ بِإِجَازَهِ السَّیِّدِ لَهُ (۱) »، اینها منکر صحت تأهلی شده و گفته اند که این عقد از اساس باطل است و قابلیت تصحیح هم ندارد.

«فَقَالَ أَبُوجَعْفَرٍ (علیه السلام) إِنَّهُ لَمْ یَعْصِ اللَّهَ إِنَّمَا عَصَی سَیِّدَهُ فَإِذَا أَجَازَهُ فَهُوَ لَهُ جَائِزٌ» (۲) ، این عبد مخالفت با خدا نکرده است تا مخالفتش باقی باشد و عقد قابل تصحیح نباشد، بلکه مخالفت با مولا کرده است و اجازه ی مولا عقد را تصحیح می نماید.

«وکروایه اخری منه عن ابی جعفر (علیه السلام)»، این روایت هم از زراره است.

«قال سَأَلْتُه عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ عَبْدُهُ امْرَأَهً بِغَیْرِ إِذْنِهِ فَدَخَلَ بِهَا ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَی ذَلِکَ مَوْلَاهُ (۳) »، بعد از تمام شدن مراحل، مولا مطلع شده است که او چنین کاری کرده است.

«قَالَ ذَلِکَ لِمَوْلَاهُ إِنْ شَاءَ فَرَّقَ بَیْنَهُمَا وَ إِنْ شَاءَ أَجَازَ نِکَاحَهُمَا الی أن قال.. فَقُلْتُ لِأَبِی جَعْفَرٍ (علیه السلام) فَإِنَّهُ فِی أَصْلِ النِّکَاحِ کَانَ عَاصِیاً»، یعنی او از اول راه خلافی را پیموده است و عاصی است و لذا نباید این عقد درست باشد.

۱- وسائل الشیعه، الشیخ الحر العاملی، ج۲۱، ص۱۱۴، أبواب نکاح العبید والاماء، باب۲۴، ح۱، ط آل البیت.

۲- کافی، الشیخ الکلینی، ج۱۱، ص۹۰.

۳- وسائل الشیعه، الشیخ الحر العاملی، ج۲۱، ص۱۱۵، أبواب نکاح العبید والاماء، باب۲۴، ح۲، ط آل البیت.

«فَقَالَ أَبُوجَعْفَرٍ (علیه السلام)..»، این کار او حلیت ذاتی داشته است و عصیان خداوند نیست و فقط مشکل از این جهت بوده است که مولا حقی نسبت به عبد داشته است و این حق رعایت نشده است، ولی اگر بعداً مولا توافق بکند، مشکلی در بین نخواهد بود.

«فقلت لابی جعفر علیه السلام: فانه فی أصل النکاح کان عاصیاً فقال أبو جعفر علیه السلام: إنما أتی شیئاً حلالا، و لیس بعاص لله إنما عصی سیده و لم یعص الله، إن ذلک لیس کإتیان ما حرم الله علیه من نکاح فی عده و أشباهه (1) ». این موارد عصیان الله است و خداوند ترتیب اثر دادن به آنها را صحیح نمی داند، ولی اگر عدم رضایت خداوند به طور مستقیم نباشد، بلکه از این جهت باشد که مولاـ موافقت با این عمل عبد نکرده است، در این صورت اگر مولا بعداً موافقت بکند، مشکلی وجود نخواهد داشت.

وجوه تقریب دلالت روایات مذکور بر صحت تأهلی بیع فضولی

ایشان می فرمایند که ما به دو تقریب می توانیم از این روایات صحت تأهلی فضولی در کتاب البیع را نتیجه گیری نماییم:

یکی عبارت از این است که بگوییم: شبهه ای که حکم بین عتیبه و امثال ایشان راجع به بطلان نکاح در این صورت داشته اند، این شبهه ی عام است که بر حسب آیه ی «لا یقدر شیئاً»، عبد قدرت بر چیزی ندارد و نکاح هم یکی از مصادیق چیزی می باشد. پس بنابراین قدرت بر نکاح ندارد و عقد او کالعدم خواهد بود.

ص: 106

1- وسائل الشیعه، الشیخ الحر العاملی، ج21، ص115، أبواب نکاح العبید والاماء، باب24، ح2، ط آل البیت.

یا چنین شبهه ای داشته اند و یا از این بابت شبهه برای آنها حاصل شده است که عبد، در کار خودش استقلالی ندارد و اگر کسی مستقل نباشد، عملش لغو خواهد بود.

این اموری که مناط برای حصول شبهه برای سنی ها شده است، مشترک بین نکاح و سایر معاملات مانند بیع و اجاره و .. می باشد و اینطور نیست که این یک اصلی کلی مخصوص به باب نکاح باشد، بلکه باب بیع را هم شامل می شود.

خلاصه اینکه اینها دچار این اشتباه شده اند و حضرت هم در جواب این شبهه می فرماید: این حرف باطل است و آن چیزی که قابل تصحیح نیست، عصیان الله است، ولی اگر عصیان بنده باشد، با اجازه قابل تصحیح است. در اینجا هم که اجازه داده شده است، عقد صحیح می باشد.

تقریب دیگر عبارت از این است که بگوییم: امام علیه السلام در صدد جواب دادن از شبهه ی حکم بن عتیبه و ابراهیم نخعی و اصحاب آنها نبوده است، بلکه به صورت مستقیم می فرماید که یک وجه بیشتر برای بطلان نیست و آن عصیان الله است که اگر اینطور شد، با اجازه ی مخلوق تصحیح نمی شود.

طبق این تقریب، امام علیه السلام مشکل را منحصر در صورتی دانسته است که عصیان الله واقع شده باشد، ولی در صورتی که عصیان بنده باشد، با اجازه تصحیح خواهد شد. در ما نحن فیه هم چون عصیان الله نیست، مشکلی وجود نخواهد داشت و عقد با اجازه صحیح خواهد بود. در سایر معاملات هم اگر مشکل الهی وجود نداشته باشد، مشکل عصیان بنده، با اجازه حل خواهد شد.

ص: ۱۰۷

البته در میان این احتمالاتی که بیان شد، بهتر است که احتمال اول ذکر نشود، زیرا طبق این احتمال عبد قادر بر هیچ شیئی نخواهد بود و نکاح هم از مصادیق شیء است و حتی اگر عبد مأذون هم باشد، نباید فعل او صحیح باشد، در حالی که در باب نکاح اگر عبد از مولا اجازه بگیرد، عقدش صحیح می باشد.

خلاصه اینکه، اینطور نیست که حتی با إذن مولا هم عمل عبد صحیح نباشد. پس بنابراین این احتمال، بر خلاف دو احتمال دیگر، قابل توجه نیست.

بنابراین از این وجوهی که بیان شد، استفاده می شود که معیار بطلان نه در باب بیع و نه در هیچ یک از معاملات وجود ندارد.

مؤید بودن روایات بر صحت فضولی

البته شیخ این مطلب را به عنوان تأیید نقل نموده و قائل به این است که در این روایات یک نحوه اشعاری بر صحت تأهلی فضولی وجود دارد، ولی نمی توانیم به آنها برای این مسئله استدلال بکنیم.

شاید علت اینکه شیخ قائل به دلیل بودن این روایات نیست، عبارت از این باشد که سنی ها قائل به این کبرای کلی و مناط مشترک بودند که اگر یک شیئی منهی بود، مبغوض شارع است و باید باطل باشد و این مبغوضیت در باب نکاح و سایر ابواب مشترک است. اینها قائل به این کبرای کلی بودند و در نتیجه، نکاح یکی از صغریات آن است، بیع هم یکی دیگر از صغریات آن است و در هر دو حکم به بطلان کرده اند.

امام علیه السلام می فرماید: این کبرای کلی درست نیست و اگر شیئی عصیان الله باشد، در هر جایی که شرع از یک معامله ای نهی کرده باشد، مساوق با بطلان است و صحت تأهلی هم نخواهد داشت و خلاصه اینکه این کبرای کلی مربوط به عصیان الله است و در مورد بحث چنین کبرای کلی وجود ندارد. حال شاید ادله ی عامه یا بنای عقلاء اقتضاء صحت بکند.

به عبارت دیگر، امام علیه السلام در مقام ردّ این کبرای کلی است که مشترک بین نکاح و بیع است، ولی نسبت به کبرای کلی جواز، حضرت به طور بتّی قائل به جواز نشده است. در مورد بحث هم آنها به جز این کبرای کلی دلیل دیگری بر بطلان ندارند که حضرت این کبرای کلی را ردّ می فرماید، ولی ممکن است دلیل دیگری بر بطلان از جای دیگر استفاده بشود.

پس بنابراین معلوم نیست که حضرت در مقام بیان دو کبرای کلی باشد: یکی بطلان عصیان الله و دیگری صحت عصیان بنده و به همین جهت، شیخ می فرماید که روایت یک نحوه اشعاری بر این مطلب دارد که حضرت در مقام بیان دو کبرای کلی است، ولی این مطلب خیلی روشن نیست.

مثل اینکه شخصی به عالمی احترام نمی کند، و وقتی که به او گفته می شود، چرا به این عالم احترام نکردی؟ در جواب می گوید: تو اشتباه کردی، آن کبرای کلی احترام علی وجه الاطلاق راجع به هاشمی است، چه اینکه عادل باشد و چه اینکه عادل نباشد، ولی نسبت به عالم این کبرای کلی وجود ندارد و با توجه به اینکه این شخص عادل نیست، احترام هم ندارد.

ص: ۱۰۹

در اینجا هم امام علیه السلام می فرماید: آن کبرای کلی که شما به آن استدلال کرده اید، در اینجا نیست، بلکه کبرای کلی در جایی است که مستقیم مخالفت خدا باشد، نه مخالفت با بنده ی خدا. در جایی که مخالفت بنده شده باشد، کبرای کلی بر بطلان وجود ندارد و باید به مورد نگاه بکنیم و راجع به نکاح اگر هیچ وجهی بر بطلانش نباشد، باید حکم به صحت بنماییم. اما شاید در جای دیگر دلیل دیگری بر بطلان وجود داشته باشد و لذا استدلال محکم به این روایات، قدری محل شبهه است و بر همین اساس شیخ به عنوان تأیید ذکر فرموده است.

به نظر ما هم به نحو تأیید ذکر کردن بهتر از این است که ما این روایات را دلیل بدانیم، زیرا خیلی روشن نیست که حضرت در مقام بیان دو کبرای کلی باشند و هر چند این کبرای کلی که سنی ها بیان کرده اند،

دلالت صحت نکاح فضولی بر صحت بیع فضولی به طریق اولویت

درست نیست، ولی ممکن است در جای دیگر وجهی بر بطلان وجود داشته باشد.

این یک بحث بود. بعد هم ایشان وارد بحث دیگری می شوند که من آن را نفهمیدم و عنوان هم نمی کنم.

بحث دیگری که شیخ به آن پرداخته است، عبارت از این است که برخی برای صحت فضولی به این مطلب استدلال کرده اند که مشهور بین امامیه در باب نکاح صحت نکاح فضولی است و روایات متعددی هم راجع به صحت آن ذکر شده است، دعوای اجماع هم بر صحت نکاح فضولی شده است. در نتیجه اگر نکاح فضولی صحیح باشد، به طور اولویت فضولی در سایر معاملات هم صحیح خواهد بود، زیرا نکاح یک امر حیاتی و بسیار مهم است و اگر شارع در چنین امر با اهمیتی که مربوط به فروج است، فضولی را تصحیح نموده باشد، فضولی در معاملات که کم اهمیت تر است، به طریق اولی باید صحیح باشد.

شیخ یک روایتی نقل می کند و بعد از آن می فرماید که معلوم می شود این اولویت، اولویت درستی نیست. ایشان می فرمایند: کسی یک شخصی را برای عقدی (نکاح یا غیر نکاح) وکیل کرده است و بعداً بدون اینکه به آن وکیل اطلاع بدهد، او را از وکالت عزل نموده است و آن وکیل هم رفته و عقدی را بجا آورده است. در اینجا سنی ها می گویند: این عقد باطل است و در باب نکاح هم به جهت اهمیت، حکم به بطلان نکاح کرده اند.

حضرت می فرمایند که برای بطلان نکاح استدلال به اولویت شده است، ولی مقتضای اولویت عکس این حکم است و اولویت اقتضای صحت عقد می کند، نه بطلان عقد. بیان این مطلب هم عبارت از این است که اگر ما این عقد را صحیح بدانیم و به آن ترتیب اثر بدهیم، فوقش این است که این زن بی شوهر را زن شخص حساب کرده ایم و این شخص هم با او مباشرت کرده است که این کار مبغوض شارع است، ولی اگر حکم به بطلان بکنیم و با اینکه در واقع عقدی واقع شده است، آن را باطل بدانیم و این زن با شخص دیگری مباشرت بکند، مبغوضیت بیشتری در نزد شارع خواهد داشت و احتیاط نسبی در این است که ما حکم به صحت بکنیم، نه حکم به بطلان.

زیرا مبغوضیت مباشرت با یک زن خلیّه خیلی کمتر از مباشرت با یک زن شوهردار است و قهراً احتیاط نسبی با حکم به صحت است نه حکم به بطلان.

البته این بحث ایشان یک اشکالی دارد که فردا به آن می پردازیم و آن عبارت از این است که خود ایشان می فرماید: تشریفات امور مهمه نسبت به امور دیگر بیشتر است، مثل اینکه اگر کسی بخواهد سبزی بخرد، عقلاء خریدن یک بچه ی چند ساله را هم صحیح می دانند، ولی هر چه ارزش شیء بالاتر برود و مهم تر باشد، تشریفاتش هم سنگین خواهد بود و قهراً به جهت اهمیت، تشریفات هم زیاد می شود و مثلاً مسیحی ها هم نسبت به ازدواج تشریفاتی قائل هستند و باید حتماً در کلیسا آن را انجام بدهند و خلاصه اینکه با توجه به اهمیت ازدواج، باید تشریفات بیشتری هم داشته باشد و اگر ازدواج فضولی را صحیح بدانیم، به طریق اولی در سایر معاملات هم فضولی صحیح خواهد بود و خلاصه اینکه طبق مسلک خود شیخ هم در امور مهمه باید تشریفات بیشتری قائل شد و این اشکال بر ایشان وارد خواهد بود.آخ

تمسک به فحوای صحت نکاح فضولی برای صحت بیع فضولی ۹۳/۰۷/۰۷

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: تمسک به فحوای صحت نکاح فضولی برای صحت بیع فضولی

خلاصه درس:

استاد در این جلسه تمسک به فحوای صحت نکاح فضولی برای حکم به صحت بیع فضولی را مورد بررسی قرار داده و دو وجه شیخ برای تقریب این استدلال را بیان می فرمایند. ایشان در ادامه به عدول شیخ از تمسک به اولویت به جهت وجود یک روایت، اشاره نموده و در آخر هم نظر خودشان را مبنی بر تمام نبودن این اولویت مطرح نموده و توضیحاتی راجع به آن ایراد می فرمایند.

ص: ۱۱۲

استدلال به فحوای صحت نکاح فضولی برای صحت بیع فضولی

یکی از ادله ی که به آن برای صحت فضولی استدلال شده است، فحوای صحت عقد فضولی در باب نکاح است. نسبت به صحت عقد فضولی در نکاح هم نص وارد شده است و هم اجماعات زیادی ادعای صحت کرده اند، منتهی بعضی از آنها به صورت کلی است و برخی دیگر هم مربوط به عبد است.

بعد هم گفته اند که اگر عقد فضولی در نکاح صحیح باشد، بالاولویه در باب بیع هم صحیح خواهد بود.

دو وجه شیخ برای تقریب استدلال به اولویت

شیخ در مکاسب دو بیان برای تقریب این اولویت بیان نموده است: «فان تملیك بضع الغیر اذا لزم بالاجازه كان تملیك ماله اولی بذلك مضافاً الی ما علم من شده الاهتمام فی عقد النكاح لانه یكون منه الولد كما فی بعض الاخبار» (۱)

این دو وجهی است که ایشان بیان فرموده است، ولی بحث در این است که چه فرقی بین این دو وجود دارد؟

در وجه اول شدت اهتمام ثابت شده است، در قسمت دوم هم شدت اهتمام ذکر شده است، ولی یکی به حمل شایع و دیگری به حمل اولی، اما هر دو در صدد بیان شدت اهتمام هستند.

شاید مقصود از بیان این دو وجه عبارت از این باشد که در وجه اول به اولویت عرفی اشاره شده است، به این معنی که وقاع و امثال آن عرفاً از مسئله ی مال مهم تر می باشد. در وجه دوم هم اشاره به اهمیت شرعیه شده است، به این معنی که شرع نسبت به باب نکاح اهتمام بیشتری دارد و خلاصه اینکه در باب نکاح، هم اهمیت شرعیه و هم اهمیت عرفیه نسبت به مسئله ی مال بیشتر می باشد.

ص: ۱۱۳

۱- کتاب المکاسب، الشیخ مرتضی الأنصاری، ج۳، ص۳۵۶، ط الحدیثه.

توجیه دیگری که می توان برای ذکر این دو وجه بیان کرد، عبارت از این است که در وجه اول با قطع نظر از مسئله ی تناسل، فقط به مسئله ی نکاح توجه شده است و نفس ارضاء قوه ی شهویه با نکاح مقصود است، ولو اینکه زن نازا باشد و مسئله ی نکاح و ادفاع شهوت مهم تر از مسئله ی مال است.

ولیکن در وجه دوم به مسئله ی تناسل و توالد توجه شده است که به وسیله ی نکاح حاصل می شود و اهمیت این موضوع، خیلی بالاتر از اهمیت مسئله ی مال می باشد.

خلاصه اینکه، وقتی اهمیت نکاح بالاتر است، مقتضای این اهمیت عبارت از این است که احتیاط، سخت گیری و تشریفات بیشتری راجع به آن وجود داشته باشد. این یک مطلب عرفی کلی است که نسبت به امور ساده، تشریفات ساده ای انجام می شود، ولی نسبت به امور اساسی، هم در مقام ثبوت و هم در مقام اثبات، سخت گیری بیشتری انجام می شود.

شیخ سابقاً راجع به صحت یا بطلان معاملات صبی می فرمود که این مسئله به حسب اهمیت موضوعات فرق می کند، مثلاً اگر صبی بخواهد سبزی یا تخم مرغ بخرد، عقلاء به چنین معامله ای ترتیب اثر می دهند، ولی اگر موضوع معامله مهم تر باشد مانند خریدن یک فرش یا یک خانه یا یک دِه، در این صورت عقلاء به قیود و شرایط و تشریفات بیشتری قائل هستند.

خلاصه اینکه مسئله به اختلاف موضوعات متفاوت خواهد بود. در اینجا هم نکاح یک موضوع حیاتی و بسیار مهم است و اگر در چنین مسئله ی مهمی حکم به صحت فضولی شده و تشریفاتی وجود ندارد، به طریق اولی فضولی در بیع - که ساده تر است - صحیح خواهد بود.

ص: ۱۱۴

ایشان می فرمایـد: اصل این اولویت را شـهید اول در غایه المراد ذکر کرده است و بعـد هم صاحب ریاض خیلی محکم به این اولویت چسبیـده است تـا حـدّی که گفته است: اگر این دلیـل فحوی را کنار بگـذاریم، ادله ی دیگری برای اثبات صـحت بیع فضولی نخواهیم داشت که در برابر اجماعات منقوله بر منع مقاومت بکند.

در حاشیه نوشته است که عده ی دیگری هم بعد از صاحب ریاض مانند صاحب مناهل، صاحب مقابس، صاحب جواهر که در ردیف شاگردهای صاحب ریاض اند، قائل به این مطلب شده اند.

عدول شیخ از تمسک به اولویت

بعد شـیخ می فرماید: این اسـتدلال به حسب تشـخیص بدوی حرف خوبی است، ولی یک روایتی داریم که جلوی این اولویت را می گیرد و باید فکر کنیم که چطور می توانیم این روایت را معنی کنیم که جلوی این اولویت را نگیرد. ظاهر فرمایش شیخ عبارت از این است که شیخ با این روایت از درک بدوی نسبت به اولویت صرف نظر کرده است.

این روایت راجع به بحث وکالت است. یک شخصـی، شـخص دیگری را وکیل کرده است، ولی بدون اینکه به وکیلش اطلاع بدهـد، او را از وکالت عزل کرده است. این وکیل هم بدون اطلاع از عزلش، برای موکل سابق خود عقدی را انجام داده است. در این مسـئله، سـنی هـا می گوینـد که در باب بیع چنین عقـدی که از روی جهل واقع شـده است، صـحیح است و اثر وکالت منتفی نیست، ولی در بـاب نکـاح به جهت اهمیت موضـوع که قابـل جـبران نیست، عقـد صـحیح نخواهـد بود و خلاـصه اینکه احتیاط در باب نکاح اقتضاء می کند که با چنین عقدی معامله ی صحت نشود و آن را فاسد بدانیم.

ص: ۱۱۵

سنی ها راجع به این مسئله به اولویت استدلال کرده اند، ولی امام علیه السلام چنین چیزی را ردّ نموده و می فرماید: «سبحان الله ما أجور هذ الحکم وأفسده؟» چقدر این حکم دور از واقعیت و دور از صحت است؟! اگر قرار است چنین احتیاطی واقع بشود، باید در جانب نکاح باشد، زیرا اصل نسل متوقف بر نکاح است و حکم به صحت اینها نسبت به بیع و حکم بطلان نسبت به نکاح صحیح نیست.

شیخ می فرماید: ظاهر اهمیت موضوع نکاح اقتضاء می کند که اگر فضولی در باب بیع صحیح باشد، در نکاح به طریق اولی صحیح باشد. در حالی که در استناد آقایان به این اولویت، قضیه برعکس است و می گویند که اگر در باب نکاح - که اهم است - فضولی صحیح باشد، بالاولویه در باب بیع صحیح خواهد بود.

ولی امام علیه السلام این طور نفرموده است و نظر حضرت این است که در اینجا اولویت به صحت نکاح است، نه به بطلان آن و مقتضای اهمیت موضوع اقتضاء می کند که اگر در موضوع غیر مهم، حکم به صحت شد، در موضوع اهم هم حکم به صحت بشود و این درست در نقطه ی مقابل نظر اینهاست.

البته در درک ابتدایی همان حرف سنی ها به نظر انسان می آید که اگر در یک امری که از اهمیت بالایی برخوردار است و باید تشریفات بیشتری داشته باشد، حکم به صحت شد، در امور ساده تر باید حکم به صحت بشود.

سنی ها می گویند: اگر کسی بتواند با معاطات یک دِه بخرد، به طریق اولی با معاطات می تواند معاملات کم اهمیت تری را انجام بدهد مثل خریدن سبزی و امثال آن. اگر یک بچه ی کن تجربه ای یک دِه بخرد و بگوییم که اشکال ندارد، به طریق اولی می تواند چیزهای کم اهمیت تری را هم بخرد و اولویت اقتضاء می کند که اگر اهم صحیح است، مهم هم صحیح باشد، ولی در اینجا امام عکس این مطلب را در نظر گرفته و می فرمایند که اگر کأنّ بیع صحیح باشد، این امر مهم تر (نکاح) هم باید صحیح باشد.

ص: ۱۱۶

حال باید ببینیم که این مطلب را چگونه باید توجیه کرد.

شیخ می فرماید: در بررسی اهمیت یک شیء باید ببینیم که در صورت شک ما در صحت و فساد یک عقد، باید دید که حفظ کدام جهت مهمتر است؟ آیا حفظ احتمال صحت مهمتر است، یا حفظ احتمال بطلان؟

شیخ می فرماید: در اینجا حفظ احتمال صحت مهم تر است و حال که نمی توانیم احتیاط بکنیم، رعایت جنبه ی صحت در نکاح – که خیلی عظیم و أهم است – مهم تر از رعایت جنبه ی بطلان است، زیرا در اینجا که ما شک در صحت و بطلان عقد داریم، اگر ما این عقد نکاح را صحیح فرض کنیم و ترتیب آثار صحت به آن بدهیم، ولی در حقیقت عقد باطل بوده باشد، در اینجا اگر شخص با این زن مباشرت بکند، مرتکب زنا با زن خلیّه شده که کار قبیحی است، ولی اگر عقد نکاح را باطل بدانیم و در حقیقت و واقع صحیح بوده باشد، و بعد هم این زن برود و با شخص دیگری ازدواج بکند، در این صورت زنای با ذات بعل واقع شده است که بسیار قبیح تر از زنای با خلیّه می باشد.

پس بنابراین احتیاط نسبی در چنین امر اهمّی حکم به صحت است نه حکم به بطلان و فرمایش امام علیه السلام عبارت از این است.

این توجیهی است که شیخ در اینجا بیان فرموده است.

نظر استاد: اولویت در باب نکاح نسبت به باب بیع تمام نیست

حال قطع نظر از این روایت، باید ببینیم که آیا اولویت در نکاح اقتضاء می کند که تشریفاتش هم بیشتر از بیع باشد یا اینطور نیست؟

ص: ۱۱۷

این مطلب تمام نیست و هر چند شاید اولویت عرفیه در اینجا وجود داشته باشد و هم در مقام ثبوت و هم در مقام اثبات تضیّق بیشتری وجود داشته باشد و نسبت به موارد دیگر سخت تر باشد، ولی گاهی شرع مقدس نظراتی بر خلاف عرف دارد و احکامی را بر خلاف عرف صادر می کند.

در اینجا هم شرع اسلام به دو جهت، راجع به نکاح تشریفات را اسقاط کرده و خیلی ساده گرفته است و برای امر نکاح ساده ترین سادگی ها را فرض کرده است.

شرع اسلام در مقابل مسیحی ها که طرفدار رهبانیه بوده (۱) و مخالف با نکاح بودند، مسئله ی نکاح را خیلی آسان گرفته است. همچنین در مسئله ی نماز و عبادات، درست در نقطه ی مقابل مسیحی ها - که عباداتشان را محصور در کلیسا کرده اند - خیلی آسان گرفته است و حتی فرموده است: «وجعلت لی الارض مسجداً وطهوراً»، یعنی انسان در هر جای کره ی زمین می تواند عبادت بکند.

این حکم شرع برای این است که مردم به عبادت و نماز سوق داده بشوند و لذا حدّ و مرزی برای آن قرار داده نشده است. خلاصه اینکه، در عین حالی که نماز از نظر اهمیت، در میان امور درجه ی اول قرار دارد، ولی خیلی ساده گرفته شده است و قیود و شرایط سختی لحاظ نشده است تا همه ی مردم بتوانند عبادت بکنند و به سراغ خدا بروند.

در مسئله ی ازدواج هم از این جهت که برای تناسل و توالد است، بخصوص برای کثرت مسلمین که فرمود: «تناکحوا تناسلوا تکثروا» و از جهت اینکه مردم گرفتار فحشاء نشوند، قیود و شرایط سختی در نظر گرفته نشده است و خیلی ساده ذکر گردیده است. مرحوم آقا شیخ عبدالکریم هم در تقریراتشان این روایت را ذکر کرده است که اگر آن شخص از متعه جلوگیری نکرده بود، «ما زنا الا شقی» و این کار جلوی زنا را می گرفت، زیرا همه ی افراد جامعه امکانات لازم برای ازدواج دائم را ندارند و با ازدواج موقت از زنا جلوگیری می شد، مثل اینکه وقتی کسی قدرت خریدن خانه را ندارد، با تشریع اجاره، چنین اشخاصی بی مسکن نمی مانند و یک مکانی برای زندگی خود فراهم می نمایند.

۱- حدید/سوره۵۷، آیه۲۷.

در بحث نکاح هم شرع این موارد را تشریع کرده است تا مردم راحت تر باشند و اگر قادر به ازدواج دائم نستند، ازدواج موقت بکنند و خلاصه اینکه در باب نکاح خیلی ساده گرفته شده است و اصلاً تشریفاتی مقرر نشده است، مثلاً در روایت وارد شده است که اگر انسان یک زنی را در بیابان ببیند و او بگوید: من شوهر ندارم، می تواند با او ازدواج بکند و این کار اشکالی ندارد و هیچ قید و شرط و تشریفاتی لازم نیست.

یا در ادعای زن به اینکه در عده نیست یا شوهر ندارد و امثال آن، قول او پذیرفته می شود.

بنابراین، شرع برای سهولت تکثیر نسل و جلوگیری از فحشاء، امر ازدواج را تسهیل نموده است و خیلی ساده قرار داده است. در نتیجه اگر فضولی در باب نکاح تصحیح بشود، اقتضاء نمی کند که در باب بیع هم فضولی صحیح باشد و چنین فحوایی تمام نیست.

آن معنایی که شیخ انصاری فرموده است، دقتی است که در صورت شک در ترجیح یکی بر دیگری بیان می شود، ولی ظاهر آن روایت نمی خواهد بگوید که اگر احتیاط مطلق نمی شود، در احتیاط نسبی شک در این داریم که به کدام مورد اخذ بکنیم، بلکه ظاهر روایت - طبق فرمایش مرحوم آقای آقا شیخ عبد الکریم - این است که اشکال حضرت عبارت از این است که چرا اینها در باب نکاح احتیاط نکردند و فوراً فتوی دادند بدون اینکه فحص کرده باشند.

نظر حضرت این است که اینها می توانستند به ما مراجعه بکنند و از جواب این مسئله سؤال بکنند تا ما از رسول اکرم(صلی الله علیه و آله و سلّم) مطلبی نقل کنیم و جواب آنها را بدهیم.

ص: ۱۱۹

اینها، همین که یک مطلبی به ذهنشان آمده است، فوراً حکم داده و در باب بیع احتیاط نموده اند. البته به این نکته پی برده اند که وکالت وکیل معزول جهلاً ـ صحیح است، ولی راجع به موضوع مهمی مثل نکاح تحقیق نکردند تا ببینند که تکلیفشان چیست!

اگر به ما اهل بیت مراجعه می کردند، جواب این مسئله را برایشان روشن می کردیم.

در خیلی روایات این مسئله بیان شده است که اگر نتوانستید جواب مسئله ای را پیدا بکنید، قاعده اش این است که توقف بکنید، «قف حتی تلقی امامک». و خلاصه اینکه نباید به این زودی و بدون تحقیق، فتوی داده می شد و این بر خلاف احتیاط است. پس احتیاط مطلق این بود که به ما مراجعه می کردند تا ما هم حکم الهی را برای آنها بیان بکنیم که پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) چه چیزی فرموده است.

یا اگر هم به ما مراجعه نمی کردند، فتوی به احتیاط می دادند کما اینکه در خیلی از موارد، آقایان می گویند که حکم مسئله معلوم نیست و باید احتیاط بین الصحه والفساد در نظر گرفته بشود و بین احتمال صحت و فساد جمع بشود، نه اینکه با امکان جمع بین احتمال صحت و فساد، حکم به فساد بشود.

خلاصه اینکه طبق فرمایش حضرت، اینها احتیاط نکرده اند و حکم به یک طرف قضیه نموده اند.

پس بنابراین احتیاط در اینجا به دو شکل واقع می شود: یکی اینکه احتیاط مطلق بکنند در جمع بین دو احتمال صحت و فساد و دیگری هم عبارت از این است که احتیاط مطلق کرده و راجع به حکم مسئله تحقیق بنمایند تا جواب آن را بفهمند.

ص: ۱۲۰

علی أی تقدیر، معنای روایت را هر چه بگیریم، این اولویت و فحوایی که برخی مانند صاحب ریاض به محکمی به آن استناد کرده و در برابر اجماعات منقول قرار داده اند، تمام نیست. ایشان می فرماید: اگر این اولویت نبود، باید به سراغ اجماعات منقول می رفتیم و حکم به فساد عقد فضولی می کردیم.آخ

بررسی روایات دال بر صحت فضولی ۹۳/۰۷/۰۸

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: بررسی روایات دال بر صحت فضولی

خلاصه درس:

استاد در ابتدای جلسه به بررسی سند روایت وکالت و همچنین وثاقت علاء بن سیاقه می پردازد. ایشان در ادامه به ذکر روایاتی که برای صحت فضولی به آنها استناد شده است، پرداخته و روایت عبید بن زراره و روایت علی بن جعفر با ذکر دو احتمال در این روایت را بیان می فرمایند که طبق یک احتمال دلیل بر صحت فضولی و طبق احتمال دیگر دلیل بر بطلان آن است.

ایشان همچنین در ادامه، دلالت روایت ابوعبیده حذاء بر صحت فضولی را به صورت مفصل مورد بررسی قرار می دهند.

بررسی سند روایت وکالت (وثاقت علاء بن سیاقه)

فرصت نشد که بنده روایت وکالت را بررسی بکنم و خیال می کنم که احتیاجی به بررسی نداشته باشد و فقط به این نکته اشاره می کنم که سندی که به طریق فقیه و من لایحضر منتهی به علاء بن سیاقه می شود، سند معتبر و صحیحی است، منتهی بحث در خود علاء بن سیاقه است که در کتب، توثیقی برای او ذکر نشده است و آقای خوئی هم بر اساس مبنای خودش، او را قبول نکرده است و معتبر نمی داند. محمد بن ابی عمیر در فقیه روایتی را از او نقل کرده است و به نظر ما همین روایت محمد بن ابی عمیر برای توثیق او کافی است، لذا از این جهت به نظر ما مشکلی وجود ندارد.

ص: ۱۲۱

البته یک تأملی در اینجا هست که بنده باید دوباره مراجعه بکنم و ببینم که آیا در روایت محمد بن ابی عمیر سقط واسطه شده است یا نه.

در کتاب من لایحضر واسطه ای در کار نیست و محمد بن ابی عمیر از علاء بن سیاقه نقل کرده است، ولی اگر بین ابن ابی عمیر و علاء بن سیاقه واسطه خورده باشد، واسطه را می توانیم توثیق بکنیم، ولی دیگر دلیلی بر وثاقت علاء نخواهیم داشت. این بحث تقریباً تمام است.

دلالت روایت عبید بن زراره بر صحت عقد فضولی

روایات دیگری هم برای صحت فضولی نقل شده است که ما به بررسی آنها خواهیم پرداخت.

یکی از این روایات، روایت عبید بن زراره از ابی عبدالله (علیه السلام) است که اینطور نقل شده است: «فی عبد مملوک بین رجلین زَوَّجه أحدهما والآخر لایعلم، ثم إنه علم بعد ذلک أ له أن یفرق بینهما؟ قال (علیه السلام): للذی لم یعلم ولم یأذن أن یفرق بینهما، وإن شاء ترکه علی نکاحه» (۱)

عبید بن زراره می گوید: دو نفر در ملکیت یک عبدی با هم شریک بوده اند. یکی از شرکاء بدون اطلاع دادن به شریک دیگر اقدام به تزویج این عبد کرده است. این عقد فضولی است، زیرا این عبد باید با اجازه و توافق طرفین انجام می شد، ولی در اینجا شریک دیگر مطلع نبوده است و بعد از تزویج اطلاع پیدا کرده است.

۱- وسائل الشیعه، الشیخ الحر العاملی، ج۲۱، ص۱۱۶، أبواب نکاح العبید والاماء، ب۲۵، ح۱، ط آل البیت.

حال سؤال این است که آیا این شریکی که مطلع نبوده و اجازه نداده است، لازم است که این عقد را صحیح بداند و ترتیب اثر بدهد یا نه؟

حضرت می فرمایند: این شریک مختار است و هم می تواند اجازه بدهد و هم می تواند عقد را ابطال بکند.

بنابراین طبق بیان این روایت، اجازه مصحح فضولی خواهد بود.

ایشان می فرماید: روایت عبید بن زراره نسبت به روایت زراره این امتیاز را دارد که در روایت زراره، عبد نسبت به خودش عقد را جاری کرده است، منتهی چون مملوك شخص دیگری بوده است، لازم بود که حق دیگری را مراعات بکند، ولی در روایت عبید بن زراره شخص دیگری این کار را کرده است و دو مالك هستند که یك مالك نصف مالك دیگر را هم بدون اجازه ی او مورد عقد قرار داده است و مصداق بودن این مورد برای فضولی خیلی روشن است، بخلاف روایت زراره که عبد عملی را نسبت به خودش انجام داده است، منتهی لازم بوده که حق دیگری را هم مراعات بکند. مثل شخص راهن که وقتی عین مرهونه را می فروشد، ملك خودش را می فروشد، ولی باید حق دیگری راجع به این ملك را رعایت بکند و چون رعایت نکرده است، فضولی خواهد بود.

خلاصه اینکه فضولی بودن در جایی که اجنبی اقدام به فروش کرده باشد، خیلی روشن تر از موردی است که شخص نسبت به خودش یا ملك خودش کاری کرده باشد، منتهی بدون اینکه حق دیگری نسبت به خودش یا نسبت به مالش را مراعات کرده باشد.

ص: ۱۲۳

بررسی دلالت روایت علی بن جعفر

روایت دیگری که به آن استناد شده است، این روایت است: «علی بن جعفر عن اخیه موسی بن جعفر (علیهما السلام) قال: سألته عن مملوکه بین رجلین زوجها أحدهما والآخر غائب» (۱)

در روایت عبید بن زراره یک عبد مملوکی است که یکی از دو مالک، بدون اطلاع مالک دیگر اقدام به تزویج عبد کرده است، ولی در این روایت، زن مملوک است و یکی از دو مالک او را بدون اطلاع مالک دیگر فضولتاً تزویج کرده است.

«سألته عن مملوکه بین رجلین زوجها أحدهما والآخر غائب هل یجوز النکاح؟ قال (علیه السلام): إذا کره الغائب لم یجز النکاح»، اگر مالکی که غائب است، بگوید: من این عقد را قبول ندارم، عقد باطل خواهد بود. از مفهوم این روایت استفاده می شود که اگر این مالک غائب نسبت به این عقد اجازه داده و بگوید: رفیق ما برای این مملوکه شوهری پیدا کرده است و مانعی نیست و من هم موافقم، عقد صحیح خواهد بود و این اجازه مصحح عقد خواهد بود.

بیان دو احتمال در روایت (دلالت بر صحت یا بطلان فضولی)

بعد ایشان در ادامه یک دفع و دخلی نموده و می فرماید: ابتداءً ممکن است در اینجا دو احتمال وجود داشته باشد که بنابر یک احتمال، این روایت دلیل بر بطلان عقد فضولی ولو فی الجمله خواهد بود و بنا بر احتمال دیگر، دلیل بر صحت فضولی خواهد بود، ولی با تأمل، یکی از این دو احتمال ترجیح داده می شود و در نتیجه این روایت دلیل بر صحت بیع فضولی خواهد بود.

ص: ۱۲۴

۱- وسائل الشیعه، الشیخ الحر العاملی، ج۲۱، ص۱۹۰، أبواب نکاح العبید والاماء، ب۷۰، ح۱، ط ال البیت.

احتمـال اول عبارت از این است که مراد از عبارت «إذا کره الغائب لم یجز النکاح»، این باشـد که شـخص غائب در هنگام عقد مطلع شده و همان وقت حدوث این عقد مبغوض او بوده است. حضرت هم می فرماید: چنین چیزی جایز نیست. طبق این معنی نـتیجه ایـن خواهـد بـود که یکی از مسائـل فضـولی عبـارت از این است که اگر نهیی واقع شـده باشـد و ابتـداءً نسـبت به عقد مبغوضیتی وجود داشته باشد، ولو ما فضولی را فی الجمله صحیح بدانیم، ولی در این روایت طبق این احتمال دلیل بر بطلان فی الجمله ی عقـد فضولی خواهـد بود، زیرا عقـد در حین صـدور، مبغوض و منهی مولا ـ و مالک بوده است و لـذا حکم به بطلان عقد می شود.

طبق این معنی، این روایت دلیل بر بطلان برخی از فروض عقـد فضولی خواهـد بود که عقـد حـدوثاً و در ابتداء مبغوض مالک بوده است.

احتمال دوم این است که بگوییم: مراد از روایت این است که در ابتداء عقد واقع شده است و بعد از اینکه مالک و مولا متوجه عقـد شـده، اظهار کراهت نموده و می گویـد که من این عقد را قبول ندارم که در این صورت عقد به هم می خورد. از مفهوم این عبارت هم اسـتفاده می شود که اگر مالک این عقـد را قبول بکنـد، عقـد صـحیح خواهـد بود و طبق این معنی، این روایت دلیل بر مورد بحث ما خواهد بود.

بیان احتمال صحیح

حال باید ببینیم که کدام یک از این دو احتمال صحیح می باشد.

ایشـان می فرمایـد که احتمـال اول خلاف ظاهر است و احتمال دوم درست است که بگوییم: عقـدی واقع شـده است و بعـد از وقوع عقد، مالك متوجه عقد شده و نسبت به آن کراهت داشـته است، ولی اگر نسـبت به عقد کراهتی نداشـته باشد، اشکالی ندارد و عقد صحیح است.

احتمال دوم از ظاهر سؤالی که از حضرت پرسـیده شده، استفاده می شود، زیرا راوی می گوید: «سألته عن مملوكه بين رجلين زوجها أحدهما والآخر غائب»، یعنی یکی از این دو شـریک، این مملوکه را عقد کرده است، بدون اینکه شریک او اطلاعی از این قضیه داشته باشد و این عقد بدون اذن و رضایت او واقع شده است.

بنابراین اگر روایت را اینطور معنی بکنیم - که ظاهر ابتـدائی اش هم همین است که حدوثاً رضایت و اذنی در کار نبوده اسـت - قهراً ذکر کراهت بعـد از این سؤال، دلالـت بر این دارد که این کراهت مربوط به عالم بقاء است نه مربوط به عالم حـدوث و در نتیجه اگر بعـد از تحقق عقـد، بقاءً کراهتی وجود نداشـته باشـد و مالك با عقـد موافقت بکنـد، عقد صـحیح است و از این روایت صحت فضولی استفاده خواهد شد.

نظر استاد

البته بحث در این است که آیا طبق فرمایش ایشان، از ظهور عبارت «هو غائب» استفاده می شود که شخص در غیاب شریکش، عقدی را انجام داده در حالی که او راضی نبوده است؟!

در خیلی از مواقع، ممکن است شـخص اطلاعی از رضـایت طرف مقابل نداشـته باشـد، در برخی از موارد هم ممکن است که احدالشریکین رضایت طرف مقابل را إحراز کرده باشد.

ص: ۱۲۶

بنابراین به صرف اینکه شخص غائب است، نمی توانیم اینطور استفاده بکنیم که رضایتی هم در کار نیست، بلکه ممکن است رضایت داشته باشد و ممکن هم هست که در زمان عقد راضی نباشد و هر دو احتمال وجود دارد و به نظر ما رضایتی که برای تصحیح عقد کفایت می کند، عبارت از این است که اگر مطلع بر انجام عقد بشود، مخالفتی نکرده و راضی به عقد باشد.

خلاصه اینکه برای شخص غائب، هر دو احتمال وجود دارد و به نظر ما رضایت در این حد که اگر بفهمد، بگوید: اشکالی ندارد، کفایت در صحت عقد می کند.

بنابراین اگر یکی از شرکین در غیاب دیگری کاری انجام بدهد، لازمه اش این نیست که شریک دیگر رضایتی نداشته باشد، بلکه اعم از این است که راضی باشد یا نباشد.

حضرت هم فرموده است که اگر در هنگام عقد به او اطلاع داده می شد و او کراهت از این کار داشت، در چنین صورتی عقد باطل است، ولی اگر چنین نبود، عقد صحیح می باشد.

بنابراین این احتمال وجود دارد که ما رجل غائب را به همان اول بزنیم و قهراً در روایت حکم به بطلان بعضی از فروض فضولی شده است. خلاصه اینکه به نظر ما این شبهه در اینجا هست.

پرسش:...

پاسخ: در غائب هم ممکن است حدوثش کراهت داشته باشد و هم بقاءاش. ایشان از عبارت «وهو غائب» اینطور استفاده کرده است که کأنّ لازمه ی این غائب بودن این است که رضایت هم نداشته باشد، ولی به نظر ما اینطور نیست و این جمله مشترک بین رضایت و عدم رضایت است. حتی گاهی در جایی که شخص از شریکش اجازه نگرفته است، علم به رضایت او پیدا می کند. البته رضایت به این معنی که اگر او متوجه این عقد بشود، بگوید: من حرفی ندارم، گاهی هم شخص علم به کراهت تقدیری دارد به این معنی که اگر او متوجه بشود، کراهت نسبت به این عقد دارد. خلاصه اینکه تمام این تصورات وجود دارد و به نظر ما تمسک به این روایت محل اشکال است، ولی روایت عبید بن زراره روایت خوبی است و به آن تمسک شده است.

روایت ابو عبیده حذّاء

روایت دیگری که به آن استدلال شده است، روایت ابی عبیده حذّاء است که نسبتاً روایت مفصلی است. در این روایت می فرماید:

«قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن غلام و جاریه زوجهما ولیان لهما و هما غیر مدرِکین» (۱)

یک پسر بچه و یک دختر بچه هستند که ولیّ غیر شرعی آنها، این دو را به عقد یکدیگر درآورده است. مراد از «ولیّین» هم ولیّ غیر شرعی است و این مطلب از ذیل روایت استفاده می شود.

این بچه ها به حدّ تکلیف نرسیده اند و اگر اولیای شرعی آنها مانند پدر و جدّ عقد آنها را انجام می دادند، به جهت ولایت شرعی، عقد صحیح و لازم بود و فضولی شمرده نمی شد، ولی از روایت اینطور استفاده می شود که عقد واقع شده، فضولی است و قهراً مراد از ولیّ ها، ولیّ شرعی نیست، بلکه مراد ولیّ عرفی است ثمل عمو و برادر بزرگ و مادر و امثال آنها که عرف متعارف یک نحوه ولایتی برای آنها قائل می شود.

«قال: فقال: النکاح جائز»، یعنی این نکاح صحت تأهلی دارد و باطل محض نیست، بلکه چنین عقدی صلاحیت تصحیح دارد.

اگر این دو بعد از اینکه بزرگ شدند، با این عقد موافق بودند، این عقد نفوذ پیدا می کند و اگر موافقت نکردند، ردّ می شود.

این دو بچه تا وقتی که به تکلیف نرسیده بودند، صلاحیت اجازه نداشتند، ولی بعد از اینکه مکلف شدند، صلاحیت اجازه پیدا می کنند و در صورتی که اجازه بدهند، این عقد تنفیذ می شود.

۱- وسائل الشیعه، الشیخ الحر العاملی، ج۲۶، ص۲۱۹، أبواب میراث الأزواج، ب۱۱، ح۱، ط ال البیت.

«قال: فقال: النكاح جائز»، یعنی عقد نکاح قابل تصحیح است.

«أیهما أدرک کان له الخیار»، هر کدام که درک پیدا کرد، اختیار دارد که این عقد را قبول یا ردّ نماید.

البته مراد از این خیار، خیار در مقابل لزوم نیست، بلکه مراد خیار در باب فضولی است به این معنی که می توانند عقد را به هم بزنند یا اینکه با اجازه آن را تصحیح بکنند و اصل وقوع عقد منوط به اجازه است نه اینکه زوالش منوط به ردّ باشد.

«قال: فقال النکاح جائز أیهما أدرک کان له الخیار، فان ماتا قبل أن یدرکا»، اگر اصلاً به حدّ صلاحیت اجازه نرسیدند و هر دو مردند، قهراً نه میراثی در کار هست و نه مهری. «فان ماتا قبل أن یُدرکا فلا میراث بینهما ولا مهر».

فقط وقتی میراث و مهر در کار است که هر دو ادراک بکنند و راضی به عقد باشند، «أن یکونا قد أدرکا و رضیا»، در این هنگام که هر دو ادراک بکنند و با رضایت خود، این عقدی را اولیاء غیر شرعی انجام دادند را تصحیح بکنند.

«قلت: فان أدرک أحدهما قبل الآخر»، اگر یکی از اینها زودتر از دیگری به حدّ تکلیف رسید و موافقت خود را با عقد اعلام کرد، از طرف او عقد تصحیح می شود، ولی اگر دیگری قبل از رسیدن به حدّ تکلیف مرد، این عقد فعلیت پیدا نمی کند و شرط وقوع عقد در اینجا این است که هر دو به حدّ تکلیف رسیده و عقد را تصحیح بکنند.

ص: ۱۲۹

«قلت: فان أدرک أحدهما قبل الآخر، قال: یجوز ذلک علیه ان هو رضی»، اگر یکی از این دو به حد تکلیف برسد و امضاء کند و رضایت داشته باشد، از ناحیه ی او مشکلی نیست.

«قلت: فان کان الرجل، الذی أدرک قبل الجاریه و رضی النکاح ثم مات»، مرد قبل از زن به حدّ تکلیف رسیده و عقدش را هم امضاء کرده و بعد مُرده است و قهراً از ناحیه ی او مشکلی نبوده است، «ثم مات قبل أن تدرک الجاریه»، قبل از اینکه دختر به حد تکلیف برسد، این مرد مرده است.

«أ تَرِثُه؟»، اگر این جاریه به حدّ تکلیف رسید و این ازدواج را امضاء کرد، از آن مرد ارث می برد؟

حضرت می فرمایند: بله، وقتی شوهر مُرد، سهم الارث این دختر کنار گذاشته می شود تا ببینند که آیا این دختر هم تا زمان تکلیف زنده می ماند و عقد را امضاء می کند یا نه.

«قال: نعم یُعزلُ میراثها منه حتی تدرک»، همان وقتی که شوهر مُرد، سهم دختر کنار گذاشته می شود تا ببینیم که به حدّ درک می رسد یا نه؟ اگر این دختر به حد درک رسید، باید قسم بخورد که موافقت من با ازدواج به خاطر به دست آوردن پول نیست، بلکه من راضی بودم که او همسر من باشد، ولی متأسفانه او فوت کرد و خلاصه اینکه من به خاطر گرفتن ارث از این مرد، این عقد را امضاء نمی کنم.

پس بنابراین باید این زن قسم بخورد تا معلوم بشود که واقعاً راضی به این عقد می باشد و عقد را امضاء می کند نه پول را.

ص: ۱۳۰

«قال: نعم یعزل میراثها منه حتی تدرک»، میراث این دختر را کنار می گذارند تا وقتی که به حدّ بلوغ برسد و قسم بخورد.

«وتحلف بالله بانه ما دعاها إلی أخذ المیراث إلا رضاها بالتزویج»، یعنی قسم بخورد که واقعاً راضی به این ازدواج است و به خاطر پول عقد را امضاء نمی کند.

«ثم یدفع إلیها المیراث»، در این صورت، سهم الارث و نصف مهر را به او می دهند، چون مدخوله نیست.

«قلت: فان ماتت..».

از این عبارت استفاده می شود که عکس مطلب قبلی هم حکمش همین است، یعنی همانطوری که اگر زن می خواست ارث ببرد، باید قسم می خورد، اگر مرد هم بخواهد از زنی که مرده است، ارث ببرد، باید قسم بخورد. البته این صورت در روایت ذکر نشده است، ولی عرفاً این حکم استفاده می شود.

«قلت: فان ماتت الجاریه ولم تکن أدرکت»، حال اگر جاریه قبل از بلوغ مُرد، ولی در هنگام مرگ او مرد زنده بود، آیا این مرد از این جاریه ارث می برد یا نه؟

حضرت می فرمایند: نه، زیرا جاریه یک حق تأهلی داشت که اگر بزرگ شد اختیار داشت که این ازدواج را قبول یا ردّ بکند، ولی در اینجا چون جاریه قبل از تکلیف مُرده است و زمینه ی احقاق حقش از بین رفته است، دیگر رضایت مرد فایده ای ندارد و خلاصه اینکه اگر بخواهد ازدواجی واقع بشود، باید هر دو به حدّ تکلیف رسیده و عقد را امضاء بکنند و در صورت مرگ هر کدام بعد از امضاء، طرف دیگر باید بعد از تکلیف قسم بخورد تا ارث ببرد، اما در صورتی که یکی از این دو قبل از اینکه به تکلیف برسد، مرده باشد، میراثی در میان نخواهد بود، «لا ـ میراث له و فلا ـن». و «قلت: فان ماتت الجاریه ولم تکن أدرکت أیرثها الزوج المدرک؟ قال: لا لان لها الخیار إذا أدرکت»، این دختر زنده نمانده است تا ببینیم که ازدواج را قبول می کند یا قبول نمی کند.

ص: ۱۳۱

«قلت: فان کان أبوها هو الـذی زوجها قبل أن تـدرک»، حال اگر کسـی که این دختر را تزویـج کرده است، ولی عرفی نباشـد، بلکه پـدرش او را برای دیگری تزویـج کرده باشـد - که ولی شـرعی است - در اینجا عقد فضولی نیست و احتیاجی نیست که دختر بزرگ بشود و عقد را امضاء بکند.

اگر پدر صـغیر یا صغیره ای را به تزویج در بیاورد، این ازدواج لازم است و اگر هم بزرگ شدند، حق ردّ ندارند و حساب پدر (ولی شرعی) از سایر اولیاء عرفی جداست.

«قلت: فان کان أبوها هو الـذی زوجها قبل أن تدرک قال: یجوز علیها تزویج الاب»، تزویج پدر، هم نسبت به دختر و هم راجع به پسری که به حـدّ تکلیف نرسـیده است، جایز است، منتهی مهریه بر عهده ی پدر است و عقد هم لازم است و نمی شود آن را به هم زد.آخ

بررسی روایات دال بر صحت فضولی ۹۳/۰۷/۰۹

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: بررسی روایات نکاح فضولی

خلاصه درس:

اسـتاد در این جلسه به بررسـی روایت ابوعبیـده حـذاء و روایت عباد بن کثیر می پردازنـد. ایشان در ادامه احتمالات موجود در مراد از «ولی» در روایت ابی عبیده را مورد بررسی قرار می دهند.

استاد روایت عباد بن کثیر را ضعیف می دانند، ولی طبق مبنای مشهور این روایت قابل استناد خواهد بود.

ایشان در ادامه روایت علاء بن سیابه را به صورت کامل مورد بررسی قرار داده و روایت را بیان می فرمایند.

در پایـان، اسـتاد سه احتمـال راجع به سؤال کننـدگان در بـاب نکـاح را مطرح نموده و اطمینان به هر یک از این سه احتمال را محل تردید بیان می فرمایند.

ص: ۱۳۲

بررسی روایت ابوعبیده حذاء

کلینی صحیحه ابی عبیده حذّاء در هم کتاب النکاح و هم در کتاب المیراث به یک سند نقل کرده است.

شیخ هم این روایت را هم به سـند کلینی نقل کرده و هم به سـند دیگری که این دو اشـکال به این سـند دوم ایشان وارد است: یکی اینکه در این سـند، ابوعبیـده حـذاء که در آخر روایت است، افتـاده است و علی بن رئـاب مسـتقیماً از حضـرت باقر (علیه

السلام) روایت کرده است، در حالی که علی بن رئاب متأخر از حضرت باقر (علیه السلام) است و ایشان را درک نکرده است.

البته در سند کلینی هم علی بن رئاب راوی است، منتهی به واسطه ی ابوعبیده حذّاء روایت می کند.

پس بنابراین اشکال اول در سندی که شیخ نقل می کند، سقط ابوعبیده حذاء است. اشکال دوم هم عبارت از این است که در این سند، علی بن حسن بن فضال از محمد بن علی از حسن بن محبوب نقل کرده است، و این «محمد بن علی» برای ما روشن نیست که چه کسی است؟

البته محمد بن علی بن محبوب از حسن بن محبوب نقل روایت می کند، ولی این محمد بن علی از شیوخ علی بن حسن بن فضال نبوده و قدری متأخر از اوست.

خلاصه اینکه چند نفر به نام محمد بن علی از حسن بن محبوب نقل روایت کرده اند، منتهی با توجه به اینکه در اینجا علی بن حسن بن فضال از او نقل کرده است، مسلّم است که این محمد بن علی، نمی تواند محمد بن علی بن محبوب باشد، زیرا او یک نحوه تقدمی بر محمد بن علی بن محبوب دارد.

ص: ۱۳۳

احتمالات دیگری هم که در محمد بن علی وجود دارد، یکی محمد بن علی کوفی است، دیگری محمد بن علی صیرفی است و احتمال دیگر هم محمد بن علی آدمی است که اینها یا تضعیف شده اند و یا اینکه توثیقی برای آنها وارد نشده است.

به هر حال سند کافی برای اعتبار این روایت کافی است ولو اینکه طریق دیگر روایت، معتبر نباشد.

روایت عَبّاد بن کثیر

روایت دیگر هم روایت عَباد بن کثیر است که این طور وارد شده است:

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن رجل زوَّج ابناً له مدرکاً من یتیمه فی حُجره» (۱) ، شخصی برای فرزند بالغ خود، یتیمه ی نابالغی را که در خانه ی او بزرگ شده و دخترخوانده ی اوست، به زنی گرفته است.

در اینجا این شخص نسبت به این دختر ولایتی نداشته است.

«قال: ترثه إن مات»، حضرت می فرماید: اگر شوهر این دختر فوت کرد، این دختر بعد از رسیدن به بلوغ و موافقت با این ازدواج، (که معمولاً هم موافقت می کنند) ارث می برد.

در روایتهای دیگر می گوید: باید زن قسم بخورد که به خاطر ارث با این ازدواج موافقت نکرده است.

بنابراین اگر شوهر فوت کرد، این یتیمه بعد از بلوغ و موافقت با ازدواجش از او ارث می برد، ولی اگر این یتیمه قبل از بلوغ فوت کرد، دیگر شوهرش از او ارث نمی برد، زیرا فرض ما این است که زن قبل از بلوغ فوت کرده است و عقد او فعلیت پیدا نکرده است و باید به بلوغ می رسید و عقد را امضاء می کرد.

۱- الکافی، الشیخ الکلینی، ج۶، ص۶۵۶.

«قـال: ترثه إن مـات»، یعنی این یـتیمه بعـد از بلوغ از شوهر مُـدرِکش ارث می برد، ولی اگر این یتیمه در حـال یُتم فوت کنـد، شوهر مُدرک از او ارث نمی برد.

در بیان علت این امر می گویـد: در فرض اول، این زن بزرگ شده است و با اختیار کردن ازدواج، ارث می برد، ولی در فرض دوم، زوجه قبل از خروج از یُتم مرده است، و قبل از اینکه صـلاحیت اجازه پیـدا بکند و عقد به فعلیت برسد، از دنیا رفته است. این دختر باید نسبت به عقدی که واقع شده است، اجازه می داد که در این فرض قبل از صلاحیت اجازه فوت کرده است.

«لان لها الخیار ولا خیار علیها»، تفصـیل در این دو فرض به این خاطر است که زن وقتی بالغ شد، اختیار قبول عقد را دارد، ولی شوهر نسبت به این دختر نابالغ اختیاری ندارد که اعمال خیار بکند.

آن کسـی هم که این دختر را شوهر داده است، فضولی بوده و این دختر بعد از اینکه بزرگ شد، می تواند عقد را امضاء کرده و ارث ببرد.

مراد از ولیّ در روایت ابی عبیده حذاء

در صـدر روایت ابی عبیـده حـذاء وارد شـده بود که ولیّ دختر و ولیّ پسـر عقد را انجام داده اند. احتمال بدوی عبارت از این است که مراد از ولیّ، اولیای شـرعی باشند، منتهی «أب» استثناء شده است، زیرا فرض روایت بر این است که عقد اینها فضولی بوده است، در حالی که عقـد «أب» فضولی نیست و احتیاجی به اجازه ندارد. بنابراین احتمال ابتدائی این است که مراد از ولیّ، اولیای شرعی است، ولی به قرینه ی ذیل روایت، «أب» استثناء شده است.

ص: ۱۳۵

احتمال دیگر این است که مراد ولیّ عرفی باشد ولو اینکه شرعاً ولایتی برای او نباشد، مانند برادر، عمو، دائی یا بزرگ فامیل عرف او را در رسیدگی به کارهای فامیل مختار می داند. در این صورت هم «أب» که ولیّ شرعی است، خارج شده است.

احتمال سوم هم عبارت از این است که ولیّ به معنای امر اعتباری نباشد که فقط اعتبار شرع یا اعتبار عرف را در بر بگیرد، بلکه مراد از ولیّ، «من یتولی امره» باشد که چنین کسی نوعاً در فامیل به امورات دیگران رسیدگی می کند، مثل برادر بزرگی که به علت ناتوانی پدر، به امور کوچکترها رسیدگی می کند، یا خادمی که به امورات بچه ها رسیدگی می نماید و متصدی کارهای آنهاست.

خلاصه اینکه این احتمالات در معنای ولیّ وجود دارد، ولی اگر ما بخواهیم ولیّ را به معنای شرعی آن بدانیم، با توجه به اینکه «أب» در ذیل روایت استثناء شده و جد هم که اقوی از أب است و حتماً باید آن را استثناء بکنیم، در نتیجه، باید اوضح افراد ولیّ شرعی را استثناء بکنیم که این مطلب خیلی بعید است.

اگر هم ولیّ را به معنای عرفی آن بدانیم، باز هم این دو مصداق (أب و جدّ) هم شرعاً وهم عرفاً از اوضح مصادیق ولی می باشند.

قهراً شاید احتمال بهتر این باشد که ولی را به معنای: «من یتولی امره» بگیریم، مانند برادر بزرگی که متولی کارهای برادر کوچک خود است و به جهت ناتوانی پدر، به امورات آنها رسیدگی می کند.

ص: ۱۳۶

در هر صورت، این مطلب مربوط به فقه الحدیث است، ولی اجمالاً از این روایت استفاده می شود که مراد از ولیّ کسی است که متولی امر اوست، ولی ولایت شرعی ندارد که در نتیجه به خاطر فضولی بودن عقد، باید صغیر و صغیره صلاحیت اجازه پیدا بکنند و عقد با اجازه ی آنها تصحیح بشود.

صحت روایت عباد بن کثیر بر اساس مبنای مشهور متأخرین

روایت حذّاء صحیحه هست، ولی روایت عَبّاد بن کثیر ضعیف است و برای تأیید خوب است.

البته بر اساس مسلک مشهور بین متأخرین، اگر روایتی به طریق صحیح به حسن بن محبوب منتهی بشود، دیگر به بقیه ی سند کاری نخواهیم داشت و بحثی راجع به صحت یا ضعف باقی سند وجود ندارد. طبق این مبنا، این روایت قابل استناد و قابل عمل است، چون طریقی که به حسن بن محبوب می رسد، طریق صحیحی است و از آنجا به بعدش اشکال دارد.

البته ما قائل به این مطلب نیستیم و به نظر ما این روایت ضعیف است و فقط برای تأیید خوب است.

پرسش: سند به خاطر چه کسی اشکال دارد؟

پاسخ: ابوعبیده حذّاء. یک مقدار از این سند هم با سند کافی مشترک است. در این سند علی بن رئاب اش با تعبیر «سألت» از حضرت باقر (علیه السلام) نقل می کند که قطعاً ایشان را درک نکرده و ابوعبیده اش ساقط شده است.

بررسی روایت علاء بن سیابه

روایت دیگری که در این باب هست، روایت علا بن سیابه است که در بعضی چاپ ها «سبابه» نوشته اند که غلط است.

ص: ۱۳۷

این روایت، روایت خوب و نورانی است و خوانـدش خیلی خوب است. در این روایت ابن ابی عمیر از علاـء بن سـیابه نقل می کند و بقیه ی سـند هم خوب است. هم سـند کافی خوب است و هم سـند فقیه و هر دو سـند، سـند خوبی است، منتهی در نقل محمـد بن ابی عمیر از علاء بن سـیابه به نظر ما یک شـبهه ی ارسال وجود دارد و بایـد نقل محمـد بن ابی عمیر از او با واسـطه باشـد، زیرا رواتی که از علاء نقل کرده انـد، در طبقه ی مشایخ محمد بن ابی عمیر هسـتند، بلکه بعضـی از آنها شـیخِ شـیخ او بوده اند.

بیشتر روایاتی که از علا بن سیابه نقل شده است، توسط موسـی بن اُکیل نمیری بوده است و موسی بن اُکیل نمیری هم ردیف ابـان بن عثمان است که در بعضـی جاها هم ابان بن عثمان از او روایت می کنـد و این ابان بن عثمان در طبقه ی شـیخ یا شـیخِ شیخ محمد بن ابی عمیر است.

در کتاب فقیه هم این روایت علاء از ابان بن عثمان نقل شده است که شیخ محمد بن ابی عمیر است.

بنـابراین نقل کردن محمـدبن ابی عمیر از علاء بن سـیابه جای تردیـد دارد. به هر حال اگر ما از این ناحیه اشـکالی نـدانیم، می توانیم نقل محمد بن ابی عمیر را مصحح علاء بن سیابه بدانیم.

متن روایت (۱) این است: «قـال: سـألت أبـا عبـدالله عن امرأه وکّلت رجلاًـ بأن یُزوِّجها من رجل فقبل الوکاله»، چون وکالت از عقود است، باید وکیل قبول بکند و در اینجا هم وکیل وکالت را قبول کرد.

۱- من لا یحضره الفقیه، الشیخ الصدوق، ج۳، ص۸۴.

«فأشهدت له بذلک» زن هم شاهد گرفت که این شخص را وکیل کرده که عقد ازدواج بین او و فلان مرد را انجام بدهد.

«فأشهدت له بذلک فذهب الوکیل فزوّجها ثم إنها أنکرت ذلک الوکیل»، بعد از اینکه آن وکیل این زن را به عقد فلان مرد درآورد، زن گفت که من این شخص را به عنوان وکیل نمی شناسم.

«و زعمت انها عزلته عن الوکاله» (مراد از «زعمت» در اینجا به معنای «قال» است)، زن گفت: من این شخص را به عنوان وکیل نمی شناسم و وکالت او را انکار کرد.

«فأقامت شاهدین أنها عزلته». صرف ادعاء نبوده است، بلکه دو شاهد هم بر عزل وکالت اقامه کرده است.

«فقال: ما یقول مَن قِبَلکم فی ذلک؟»، حضرت سؤال کرد: اینهایی که پیش شماها هستند، چه «قال: قلت: یقولون: یُنظَر»، گفتم: اینها می گویند: باید ببینیم که آیا عقد قبل از عزل واقع شده است یا بعد از عقد؟

«قال: قلت: یقولون: یُنظر فی ذلک فإن کانت عزلته قبل أن یزوج»، اگر عقد بعد از عزل واقع شده است، وکالت باطل است و قهراً تزویج هم باطل خواهد بود، «فالوکاله باطله والتزویج باطل».

«وإن عزلته وقد زوجها فالتزویج ثابتٌ علی ما زوج الوکیل، وعلی ما أتفق معها من الوکاله»، ولی اگر عزل بعد از تزویج واقع شده باشد، عقد مطابق همان شرایط و خصوصیات وکالت صحیح خواهد بود و اشکالی در آن نیست، «إذا لم یتعد شیئاً مما أمرت به واشترطت علیه فی الوکاله».

«قال: ثم قال»، راوی می گوید که حضرت فرمود: «یعزلون الوکیل عن وکالتها ولم تُعلمه بالعزل؟»، آیا این شخص را از وکالت عزل کرده اند و به او اعلام نکرده اند؟

«و قلت: نعم»، گفتم: بله، بدون اطلاع او، عزلش کرده است.

«یزعُمون (یعنی یقولون) أنها لو وکلت رجلاً ـ..»، نظریه ی فقهی اینها این است که اگر زن یک کسی را وکیل کند و بعد در ملأ شاهد بگیرد که او را از وکالت عزل کرده است، تمام کارهای وکیل در نکاح نقض می شود، «وأشهدت فی الملأ و قالت فی الملأ اشهدوا إنی قد عزلته وأبطلت وکالته بلا أن یُعلم بالعزل و إلی أن یَعلم بالعزل(در بعضی از نقلها این طور تعبیر شده: «أن تُعلمه بالعزل») ینقضون جمیع ما فعل الوکیل فی النکاح خاصه و فی غیره لا یُبطِلون الوکاله».

بنابراین اینها در این صورت، کارهای وکیل در نکاح را باطل می دانند، ولی کارهای وکیل در معاملات را صحیح می دانند، مگر اینکه شخص قبل از عقد عزل از وکالتش را بداند، ولی به همان وکالت قبلی اکتفاء کرده و عقد را انجام داده باشد، «إلا أن یُعلم الوکیل بالعزل».

سنی ها می گویند: «و یقولون المال منه عوض لصاحبه و الفرج لیس له منه عوض إذا وقع منه ولد»، در مال قابلیت جایگزینی هست، ولی در جایی که از ازدواج باطل، بچه ای متولد می شود، قضیه مشکل خواهد بود و هیچ چیزی جایگزین این مشکل نیست.

این حرف سنی هاست.

«فقال (علیه السلام): سبحان الله ما أجورَ هذا الحکم وأفسده إن النکاح أحری و أحری أن یحتاط فیه». حضرت با تکرار «أحری» در این مطلب مبالغه کرده و می فرماید: انسان در باب نکاح باید خیلی بیشتر اهتمام داشته باشد.

ص: ۱۴۰

فقهای عامه حدیثی در این موضوع نداشته اند و لذا می گویند: ما نمی دانیم که این وکالت باطل است یا باطل نیست، ولی با توجه به اینکه در معاملات زحمتی کشیده شده و پولی گرفته شده است، ضرری وارد نمی شود و قول مناسب این است که معامله صحیح باشد، اما در مسئله ی فروج این طور نیست و اگر با مباشرت بچه ای به دنیا بیاید، مسئله مشکل خواهد بود و لذا فقهای عامه قائل به تفصیل شده و در نکاح قول به بطلان و در سایر معاملات قول به صحت داده اند، ولی قول آنها استناد به حدیثی از پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) یا دلیل دیگر ندارد.

حضرت هم می فرمایند: احتیاط در باب فروج، أحری و أحری از موارد دیگر است. با بیانی هم که در ادامه ی روایت آمده است، مراد حضرت از احتیاط روشن می شود.

می فرمایند: «إن النكاح أحرى و أحرى أن يحتاط فيه وهو فرجٌ، ومنه يكون الولد، إن علياً (عليه السلام) أتته امرأه استعدته على أخيها»، یک شخصی خواهرش را با وکالتی که از او داشته برای مردی عقد کرده است، ولی این زن می گوید که برادرش را از وکالت عزل کرده است.

این برادر می گوید که عقد من صحیح است، زن هم نزد امیرالمؤمنین (صلوات الله علیه) شکایت کرده و این عقد را قبول ندارد.

«إن عليا (عليه السلام) أتته امرأه استعدته على أخيها فقالت: يا أمير المؤمنين وكلت أخي هذا بأن يزوجني رجلًا وأشهدت له»، وکالت درست بوده و شاهد بر آن هم وجود دارد.

«ثم عزلته من ساعته تلك»، در همان ساعت تا وقت نگذشته، من او را از وکالت عزل کردم.

«فذهب فزوجنی و لی بینه أنی عزلته قبل أن یزوجنی فأقامت البینه»، شاهد آورد و گفت: اینها همه شاهدند که من او را از وکالت عزل کرده ام.

«فقال الاخ: یا أمیر المؤمنین إنها وکلتنی ولم تعلمنی انها عزلتنی عن الوکاله حتی زوجتها کما أمرتنی، فقال لها: ما تقولین؟ قالت: قد أعلمته یا أمیر المؤمنین»، برادر می گوید: خواهرم عزل از وکالت را به من إعلام نکرده است، ولی خواهرش می گوید که من اعلام کردم.

«فقال لها: ألک بینه بذلک؟ فقالت: هؤلاء شهودی یشهدون». حضرت از شهود سؤال می کند که آیا شما شاهد بودید که این زن به خواهرش اعلام کرده است؟

آنها هم می گویند: نه، پیش ما چنین چیزی را به برادرش نگفته است.

«فقالت: هؤلاء شهودی یشهدون قال لهم: ما تقولون؟ قالوا: نشهد إنها قالت: اشهدوا إنی قد عزلت أخی فلاناً عن الوکاله بتزویجی فلاناً و انی مالکه لامری قبل ان یزوجنی فلاناً»، ما شاهدیم که برادرش را از وکالت عزل کرد.

«فقال اشهدتکم علی ذلک بعلمٍ منه و محضر؟»، آیا در هنگام عزل از وکالت، برادرش هم حضور داشت و در محضر او بود؟

«فتشهدون أنها أعلمته العزل کما أعلمته الوکاله؟ قالوا: لا، قال: أری الوکاله ثابته والنکاح واقعاً أین الزوج؟ فجاء فقال: خذ بیدها بارک الله لک فیها».

«قالت: یا أمیر المؤمنین إحلفه أنی لم أعلمه العزل وأنه لم یعلم بعزلی إیاه قبل النکاح، فقال: وتحلف؟»، زن به حضرت عرض کرد: حال که این شهود، اعلام مرا تکذیب کردند، به برادرم بگویید: قسم بخورد که من به او اعلام نکرده ام و او قبل از انجام این عقد، علم به عزل من نداشته است.

ص: ۱۴۲

حضرت هم او را قسم دارد و او هم قسم خورد، «قال: نعم یا أمیر المؤمنین فحلف وأثبت وکالته وأجاز النکاح».

در اینجا زن نسبت به اعلام عزل وکالت، مدعی است و برادرش منکر، لذا وقتی بینه ابطال شد، منکر باید قسم بخورد.

فقهای عامه در این مسئله به هیچ حدیثی استناد نکرده اند و طبق تصور خودشان فتوی داده اند، ولی حضرت می فرماید که در مسئله ی نکاح باید احتیاط بیشتری نمود و آنها باید تحقیق می کردند تا حدیثی در این مسئله پیدا نموده و مطابق آن فتوی می دادند.

مراد از احتیاط در اینجا، احتیاط مطلق است و احتیاط و توجیه شیخ مراد نیست.

سه احتمال در سؤالات روایات باب نکاح

در روایاتی که مسئله ی نکاح را از امام (علیه السلام) سؤال کرده اند، ابتداء سه احتمال به نظر می رسد:

احتمال اول این است که سؤال کنندگان می دانستند که تفصیلی در فضولی نیست، منتهی فضولی یا مطلقاً باطل است یا مطلقاً صحیح است. اینها این سؤال را - که محل ابتلاء آنها بوده است - از حضرت پرسیده اند و حضرت هم تصحیح نموده است.

آقای خمینی (رضوان الله علیه) به صورت بتّی می فرمایند که همین احتمال درست است، غیر احتمالات دیگر و سؤال کنندگان هر دو فضولی را یکی می دانسته اند. قهراً اگر فضولی در باب نکاح صحیح شد، در جای دیگر هم صحیح خواهد بود.

احتمال دیگر عبارت از این است که سؤال کنندگان بطلان فضولی در بیع را می دانستند، ولی با توجه به اینکه شرع در نکاح قائل به یک تسهیلاتی شده است، از حضرت سؤال می کنند که آیا فضولی در نکاح صحیح است یا نه؟

ص: ۱۴۳

قبلاً هم عرض کردیم که اکثریت فقهای ما فضولی در بیع را باطل می دانند، ولی در نکاح قائل به صحت هستند.

احتمال سوم هم عبارت از این است که محتمل الوجوه بدانیم، یعنی ممکن است همه ی موارد فضولی صحیح باشد، ممکن هم هست که همه اش صحیح باشد و یا ممکن است در بیع باطل و در نکاح صحیح بوده باشد. خلاصه اینکه این احتمالات وجود دارد و قهراً مشکوک خواهد بود که آیا فضولی در نکاح صحیح است یا نه؟ امام (علیه السلام) هم فرموده است که صحیح است.

اگر ما مطمئن بشویم که سائلین هیچ شکی در صحت مطلق فضولی نداشتند و تفصیلی در مسئله نیست، می شود به این روایات استدلال کرد، ولی به نظر ما این مسئله جای تردید دارد و نمی شود به هیچ کدام از این احتمالات اطمینان کرد.

دلالت روایات مضاربه بر صحت عقد فضولی ۹۳/۰۷/۱۴

.Your browser does not support the audio tag

موضوع:دلالت روایات مضاربه بر صحت عقد فضولی

خلاصه درس:

استاد در این جلسه به بررسی روایات مضاربه و چگونگی دلالت آنها بر صحت عقد فضولی می پردازند. ابتداء صحیحه ی مسلم و بعد هم روایتی که راجع به تخلف از شرط مالک است مورد بررسی قرار می گیرد. روایت دیگری که به آن برای صحت فضولی استناد شده است، صحیحه ی حلبی است که نظر شیخ در مجموع عبارت از این است که این روایات ارتباطی به بحث فضولی ندارد. شیخ برای اثبات مدعای خود، به متن کامل روایت حلبی استشهاد نمود و در ادامه هم روایت جمیل و دو وجه اطلاق و تقیید آن مورد بررسی قرار می گیرد.

ص: ۱۴۴

دلالت روایات مضاربه بر صحت فضولی

از دیگر ادله ای که برای صحت فضولی به آن استدلال شده است، روایاتی است که در باب مضاربه وارد شده است.

ایشان می فرمایند: این روایات اقسام مختلفی دارد و بعضی از اینها ارتباطی به بحث فضولی ندارد، ولی در بعضی از این روایات یک نحوه ارتباطی به بحث فضولی وجود دارد که راجع به آنها بحث خواهیم کرد.

برخی از این روایات دلالت بر این مطلب دارد که اگر عامل از شرط مکان تخلف کرد، ضامن است، ولی اگر ربحی واقع شد، این ربح بین هر دو تقسیم خواهد شد.

صحیحه ی محمد بن مسلم

برای مثال در صحیحه ی محمد بن مسلم، شخصی مالی را به عامل داده و می گوید: با این مال معامله کن، ولی این مال را از شهر بیرون نبر!

عامل بر خلاف شرطی شده است، مال را از شهر بیرون برده و مال تلف می شود که در این صورت ضامن است، ولی اگر بعد از بیرون بردن مال، ربحی حاصل شده باشد، متعلق به هر دو خواهد بود.

ارتباط این روایت به فضولی از این باب است که عامل بر خلاف نظر مالک و با وجود نهی او، مال را از شهر خارج کرده است و این عمل مضاربه ای ممنوع بوده است، ولی به حسب معمول اگر در معامله ربحی واقع شده باشد، اشخاص راضی به معامله می شوند و این مورد مانند فضولی با رضایت بعدی تصحیح می شود.

ص: ۱۴۵

در روایت این طور وارد شده است:

«کصحیحه محمد بن مسلم عن أحدهما علیهماالسلام قال: سألته عن الرجل یعطی المال مضاربه و ینهی أن یخرج به فخرج قال: یضمن المال و الربح بینهما» (۱) ، اگر مال تلف شد، عامل ضامن است، ولی اگر تلف نشد و بعد از خروج ربحی به دست آمد، مشترک بین هر دو خواهد بود.

«ونحوها غیرها». این روایت راجع به خروج از مکان بود.

روایت مخالفت با شرط مالک در مضاربه

در برخی از روایات هم اشاره به این مطلب شده است که عامل بر خلاف شرط عمل کرده است و نوع شرط بیان نشده است. یکی از این روایات که احتمال ارتباط به فضولی در آن وجود دارد، عبارت از این روایت است: «و منها ما دل علی أنه إذا خالف أمر صاحب المال أو خالف شرطه کان ضامناً»، امر در اینجا شرط یا شرط به حمل اولی است و در هر دو صورت اگر عامل مخالفت بکند، ضامن است.

«إذا خالف أمر صاحب المال أو خالف شرطه کان ضامناً».

در برخی از روایات تعبیر به «الربح بینهما» شده است که در روایت قبلی هم به این مطلب اشاره شده است و طبعاً وقتی مالک ربح کذایی را ببیند، راضی به این معامله شده و این مورد هم مانند فضولی خواهد بود که با اجازه و رضایت، تصحیح شده است.

صحیحه ی حلبی

«و فی بعضها الربح بینهما، کصحیحه الحلبی عن أبی عبدالله علیه السلام فی الرجل یعطی الرجل مالاً مضاربه فیخالف ما شرط علیه، قال: هو ضامن و الربح بینهما».

ص: ۱۴۶

۱- الکافی، الشیخ الکلینی، ج ۱۰، ص۳۰۵.

«و عن الحلبی عنه علیه السلام، قال: المال الذی یُعمل (۱) به مضاربه له من الربح، و لیس علیه من الوضیعه شیء» (۲)

در مضاربه اگر عامل سودی کرد، هر دو شریک در این سود هستند، ولی اگر ضرر کرد، ضرر به مال خورده است، نه به عامل تا بخواهد این ضرر را جبران بکند، ولی در یک صورت این مطلب استثناء شده است و ضرر را هم باید عامل جبران بکند و آن در صورتی است که بر خلاف قرار

مالک عمل کرده باشد و منشأ ضرر شده باشد. در این صورت عامل باید این ضرر را جبران بکند، ولی اگر قبلاً شرطی نشده باشد و امری از ناحیه ی مالک صادر نگردیده باشد، در صورت ضرر، این ضرر به مال خواهد خورد، نه به مالک یا عامل.

«الذی یُعمل به مضاربه له من الربح» یعنی «للعامل من الربح»، ولی «لیس علیه من الوضیعه شیء»، یعنی عامل نباید ضرر را جبران بکند و در حقیقت ضرر متوجه مال شده است، نه عامل، مگر در صورتی که عامل بر خلاف قرار و شرط مالک عمل کرده باشد که در این صورت باید ضرر را جبران بکند، «إلا أن یخالف أمر صاحب المال». پس بنابراین در این صورت، عامل باید ضرر را جبران بکند.

پرسش: ...

پاسخ: ظاهر عرفی اش این است که اگر عامل بر خلاف امر مالک عمل بکند، ضامن است و پیداست که باید این ضرر را جبران بکند. این تفاهم عرفی است و به بیان دیگری هم احتیاج ندارد.

۱-

۲- وسائل الشیعه، الشیخ الحر العاملی، ج۱۹، ص۱۶، کتاب المضاربه، ب۱، ح۴، ط آل البیت.

ایشان می فرماینـد که مطلقاتی هم داریم که اطلاقش این موردی را که بعـداً ذکر می کنیم، در بر می گیرد. ایشان می فرمایند که ما مطلقات را هم به معنای این دو روایت حمل می کنیم.

نظر امام خمینی۱ (عدم ارتباط این دو روایت به فضولی)

البته طبق فرمـایش ایشـان این دو روایتی که ذکر شـد، ارتبـاطی به بحث فضولی نـدارد، زیرا ظاهر این دو روایت عبارت از این است که عامل تخلفی انجام داده است و برخلاف شـرط عمل کرده است. شـرط در معاملات یک نوع التزام در التزام است، به این معنی که شخص ملتزم به یک معامله ای می شود و علاوه بر التزام به اصل معامله، به یک امر زائدی هم ملتزم می شود. در اینجا هم با توجه به اینکه به اصل التزام عمل شـده است، معامله صـحیح است، ولی چون عامل به التزام دوم عمل نکرده است، حق فسخ برای معامله حاصل می شود.

بنـابراین چون اذن اولی به اصـل معـامله وجود دارد، به صـرف وجود حق فسـخ، فضولی نخواهـد بود و با همان إذن اولی، این معامله از فضولی بودن خارج است و احتیاجی به إذن ندارد، در حالی که معامله ی فضولی به إذن احتیاج دارد.

بنابراین در این دو موردی که ذکر شـد، اصل معامله مأذون است، ولی نسـبت به شـرط تخلفی حاصل گردیده است و قهراً این دو مورد از بحث فضولی خارج خواهد بود.

کامل روایت حلبی

بعـد هم می فرماینـد که یک روایتی وجود دارد که عین همین عبارات در آن آمـده و شاهد بر این است که در این دو روایت هم اصـل مضاربه مورد التزام بوده است و التزام دیگری هم به نحو شـرط خارجی، زائـد بر آن بوده است که مورد تخلف واقع شده است. بنابراین این موارد از قبیل فضولی نیست تا برای صحت فضولی به آن استناد بشود.

ص: ۱۴۸

ایشان می فرماید: «و تشهد للحمل المذکور»، علت ضامن بودن عامل، عبارت از این است که مالک نهی کرده است و همین نهی طبق نظر عقلاء در اثبات ضمان کافی است، زیرا اضطراری در کار نبوده است و باید عامل با نظر مالک موافقت می کرد و به التزام اولی اکتفاء نمی نمود، ولی حال که با نهی مالک مخالفت کرده است، بنای عقلاء بر اثبات ضمان در این موارد است که تخلف شخص منشأ تلف شدن مال شده است.

«وتشهد للحمل المذکور»، که ما این دو روایت را به شرط خارجی حمل کنیم نه اینکه اصل معامله مورد اذن نبوده است، «صحیحه الحلبی عن أبی عبدالله علیه السلام أنه قال فی المال الذی یعمل به مضاربه: له من الربح، و لیس علیه من الوضیعه شئ إلا أن یخالف أمر صاحب المال».

عین همان تعبیر روایت حلبی سابق در اینجا هم وارد شده است و این دو یک روایت هستند، منتهی در یک جا به طور کامل نقل شده و در یک جا تقطیع شده است.

کامل روایت عبارت از این است: «و لیس علیه من الوضیعه شئ إلا أن یخالف أمر صاحب المال، فان العباس کان کثیرالمال، وکان یعطی الرجال یعملون به مضاربه» (۱) ، عباس با دیگران مضاربه می کرده و بعد هم شرایطی برای آنها قرار می داده است.

از این روایت پیداست که اصل مضاربه واقع شده و بعد هم شروطی برای آن معین شده است.

۱- وسائل الشیعه، الشیخ الحر العاملی، ج۱۹، ص۱۷، کتاب المضاربه، ب۱، ح۷، ط آل البیت.

«فـان العبـاس کان کثیر المال، وکان یعطی الرجال یعملون به مضاربه ویشترط علیهم أن لاینزلوا بطن واد»، مثلاً شـرط می کرده است که در فلان قسمت های رودخانه و امثال آن نزول نکنید، زیرا ممکن است سیل بیاید و همه چیز را ببرد.

«ولایشتروا ذا کبد رطبه»، شرط می کرده است که حیوان و امثال آن را نخرید.

«فـان خالفتَ شـیئاً مما أمرتُک به فأنت ضامنٌ»، خودش هم به ضـمان تصـریح کرده و می گفته است که اگر با این دسـتور من مخالفت کردی و مال تلف شد، تو ضامن هستی.

«یعملون به مضـاربه ویشترط علیهم». ظـاهر این عبارت، شـرط خارجی است و در نتیجه این روایات دلیل برای مورد بحث ما - که عبارت از فضولی است - نخواهد بود.

البته ظهور بعضـی از روایـات مربوط به بـاب فضولی است که شـخص مـأذون و مجاز به انجام معامله نبوده است و کأنّ از باب فضولی معامله را انجام داده است.

روایت جمیل

«و منهـا مـا دلت بظاهرهـا علی أنه إذا خـالف أصـل المضـاربه کـان ضامناً و الربـح بینهما». معنای این روایت عبارت از فضولی است، منتهی ربح بین هر دو است و تصحیح این مطلب هم یک بحث دیگری است.

«کصـحیحه جمیـل عن أبی عبـد الله علیه السـلام فی رجل دفع إلی رجل مالا یشتری به ضـرباً من المتاع مضاربه»، مثلاً پولی می گیرد که برنج بخرد و بفروشد، ولی این شخص به جای برنج، گندم یا حیوان خریده و بعد آن را فروخته است.

«یشتری به ضـرباً من المتـاع مضـاربهً فـذهب فـاشتری به غیر الـذی أمره، قال: هو ضامن و الربـح بینهما علی ما شـرط» (۱) . این صورت، از موارد فضولی است، منتهی چون مالـک بعـداً راضـی شـده و بـا معامله موافقت کرده است، ربـح به هر دو داده می شود.

۱- تهذیب الاحکام، الشیخ الطوسی، ج۷، ص۱۹۳.

«و صحیحه الحلبی عن أبی عبدالله علیه السلام إنه قال فی الرجل یُعطی المال فیقول له: ائت أرض کذا و کذا و لا تجاوزها و اشتر منها»، مالک گفته است که از فلان ده برای ما گوسفند تهیه کن، ولی این شخص از جای دیگر تهیه کرده است.

«فان جاوزها و هلک المال فهو ضامن»، در اینجا امام (علیه السلام) می فرماید: اگر در این صورت مال تلف بشود، این شخص ضامن است.

«و ان اشتری متاعاً فوضع فیه» (۱) ، اگر هم شخص بر خلاف قراری که با مالک دارد، متاعی بخرد و ضرر در آن حاصل شود، باید این ضرر را جبران بکند، «فهو علیه»، ولی اگر در معامله ربح کرد، بعد از اجازه، این ربح مال هر دو خواهد بود.

شیخ انصاری می فرماید که بعضی از روایات مضاربه دلیل و مؤید صحت فضولی است، ولی از برخی دیگر از این روایات، صحت فضولی استیناس می شود و هر چند دلالتی در آنها وجود ندارد، ولی فی الجمله تشابهی بین آنها و بین فضولی وجود دارد.

اطلاق و تقیید در روایت جمیل

شیخ انصاری بعد از نقل صحیحه جمیل می فرماید: اگر ما جمود بر عبارت داشته باشیم، باید بگوییم که چه اجازه ی بعدی باشد و چه نباشد، معامله صحیح است و ربح بین هر دو است، زیرا صحبتی از اجازه در روایت وجود ندارد.

ایشان می فرماید: اگر ما قید اجازه را در نظر نگیریم و به صورت مطلق بگوییم که ربح بین هر دو است، در این صورت روایت ارتباطی به فضولی نخواهد داشت، ولی از این جهت شبیه به فضولی خواهد بود که لازم نیست معاملات حتماً مطابق نظر مالک و طبق «ما قصد» واقع شده باشد، بلکه گاهی برخی امور واقع می شود، بدون اینکه مورد قصد قرار گرفته باشد.

۱- الکافی، الشیخ الکلینی، ج ۱۰، ص۳۰۴.

شیخ انصاری در جای دیگر هم قائل به همین مطلب شده است که ما در شرع مواردی داریم که «ما وقع لم یقصد».

بنابراین از این روایت استفاده می شود که با اینکه مالك قبلاً اذنی نداده است، مع ذلك این معامله واقع شده است و این مسئله فی الجمله مرتبط به مورد بحث ما خواهد بود.

این در صورتی است که ما به اطلاق اخذ کرده باشیم، ولی اگر روایت را تقیید کرده و بگوییم که تقسیم ربح بین هر دو، در صورتی است که مالك اجازه داده و با معامله موافقت بنماید، در این صورت، این روایت تأییدی بر صحت فضولی خواهد بود، زیرا ممکن است خصوصیتی در این معامله وجود داشته باشد که بر اساس آن، در صورت موافقت، ربح بین این دو تقسیم بشود، نه اینکه طبق قواعد اینطور بوده باشد. بنابراین در صورت تقیید هم دلیل بر صحت فضولی نخواهد بود، بلکه مؤید آن خواهد بود.

پس چون احتمال خصوصیت در این مورد وجود دارد، نمی توانیم به عنوان دلیل آن را در نظر بگیریم و اثبات مطابقت با قاعده در این مورد قدری مشکل است و لذا ایشان می فرمایند که این روایت مؤید برای مطلب است، نه دلیل بر آن.

صحیحه جمیل ۹۳/۰۷/۱۵

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: بررسی روایات مؤید صحت فضولی (صحیحه جمیل)

خلاصه درس:

استاد در این جلسه به بیان روایاتی که مؤید صحت فضولی است، پرداخته و نخست صحیحه ی جمیل را مورد بررسی قرار می دهند. ایشان دو احتمال اخذ یا عدم اخذ به اطلاق در این روایت را بررسی نموده و سپس به صورت مفصل به نظر سید راجع به استدلال به این روایت اشاره می نمایند. مرحوم سید راجع به این روایت دو احتمال وحدت یا تعدد مطلوب را در نظر گرفته و مطالب مبسوطی بیان نموده است که توسط استاد مورد اشاره و نقد قرار می گیرد.

ص: ۱۵۲

روایات مؤید صحت فضولی

شیخ می فرماید: روایاتی وجود دارد که یا مؤید مسئله ی فضولی است، یا از آنها مسئله ی فضولی استیناس می شود.

صحیحه جمیل

یکی از این روایاتی که ایشان نقل می کند، صحیحه جمیل است و از بقیه ی روایات هم تعبیر به «ونحوها غیرها» کرده و اسمی از آنها نمی برد.

دو احتمال در صحیحه

طبق فرمایش ایشان دو احتمال در این روایت هست که بر طبق یکی از این دو احتمال، روایت از مسئله ی فضولی خارج است، ولی یک نحوه استیناسی نسبت به فضولی دارد. ولی طبق احتمال دوم، این روایت مربوط به فضولی است، منتهی راجع به یک موضوع خاصی از فضولی است و تعمیم آن نسبت به مورد بحث ما که بحث کلی فضولی است، به نحو مؤید خواهد بود.

ایشان می فرمایند: در روایت جمیل، مالک به شخصی متاع، یا پولی را داده تا آن شخص متاع خاصی را بخرند و مضاربه کنند، ولی او غیر متاعی که مورد قرار بوده را گرفته است.

حضرت می فرمایند: اگر این شخص ربحی کرده باشد، بین هر دو است، ولی اگر ضرری کرده باشد، ضرر متوجه عامل است که از گفته ی مالک تخلف کرده است.

شیخ می فرمایند: یک مرتبه ما به اطلاق این روایت اخذ می کنیم، زیرا در روایت وارد نشده است که مالک بعد از ربح اجازه داده است. اگر ما به اطلاق اخذ کرده و بگوییم که چه اجازه بدهد و چه اجازه ندهد، الربح بینهما و الوضیعه علی العامل، خلاف قاعده خواهد بود.

خلاف قاعده بودن هم ممکن است از دو جهت باشد، ممکن هم هست که فقط از یک جهت باشد.

ممکن است هم به جهت عدم إذن و هم به جهت نبود اجازه بگوییم که در اینجا دو خلاف قاعده وجود دارد. پس بنابراین هم عدم الاذن خلاف قاعده است و هم هم عدم الاجازه.

اگر اینطور بگوییم، دو خلاف قاعده در روایت وجود خواهد داشت، ولی می توانیم بگوییم که فقط یک خلاف قاعده در اینجا وجود دارد که آن هم عبارت از این است که بدون اجازه عقد تصحیح شده است و عدم الاذن را خلاف قاعده ندانیم.

در این گونه موارد که انسان شک می کند دو خلاف قاعده واقع شده است یا یک خلاف قاعده، بهتر این است که بگوییم، خلاف قاعده متکرر نشده است و فقط از این جهت که اجازه نیامده است، خلاف قاعده می باشد، نه از جهت عدم اذن.

این معنای استیناسی است که شیخ بیان فرموده است که اگر در روایتی از وجوه مختلف ایراد شده باشد، حتی اگر برخی از این اشکال ها بماند، بهتر از این است که ما همه ی مشکلات را بپذیریم. لذا ایشان می فرمایند: «یستأنس به» که معامله بدون إذن هم صحیح است و مورد بحث فضولی هم عبارت از همین است که عقد بدون اذن صحیح است یا صحیح نیست؟

اگر هم به اطلاق روایت اخذ نکنیم، کما اینکه بین فقهاء هم در اخذ به اطلاق اختلاف وجود دارد، در این صورت می گوییم که متعارفاً وقتی معامله ای واقع می شود و سودی از آن حاصل می گردد، اجازه هم داده می شود. یا به این صورت حمل بکنیم و یا جمعاً بین این روایت و روایاتی که صحت معامله را مشروط به رضایت دانسته است، بگوییم که این روایت مربوط به صورتی است که اجازه کفایت می کند و اگر هم آن روایات یک نحوه ظهور یا اجمالی برای تقارب دارد، به قرینه ی این روایتی که تصحیح کرده است، از آن اجمال یا ظهور رفع ید می کنیم.

ص: ۱۵۴

بنـابراین جمعاً بین الادله، این مورد را داخل در مسـئله ی فضولی کردیم، ولی بحث دیگر راجع به این خواهـد بود که آیا این خصوصـیت مخصوص همین مورد است، یا به صورت کلی است و خصوصیتی به این مورد ندارد؟ با در نظر گرفتن این مطلب ایشان می فرمایـد که این روایت مؤیـد برای تصـحیح فضولی است و عمومیت نسـبت به بحث فضولی ندارد، زیرا الزامی ندارد که مـا در این روایت، لفظ را به خلاف ظاهر حمل کرده و بگوییم که ادله ی فضولی در اینجا تخصـیص خورده است. بنابراین طبق این معنی، این روایت تأیید برای فضولی خواهد بود.

بلکه طبق مبنـای شـیخ می توانیم بگوییم که اگر دوران امر بین تخصـیص و تخصـص شـد و نمی دانیم که در این مورد روایت خصوصیتی وجود دارد و عمومات فضولی در این مورد تخصیص خورده است یا اینکه عمومات فضولی صحیح است، ولی این مورد تخصصاً خارج است، طبق مبنای شیخ باید قائل به تخصص شویم، نه تخصیص.

منتهی مبنای شـیخ شامل مواردی می شود که ما تصـرفاتی بکنیم و بعـد از تصـرفات مختلف، بگوییم که آیا تخصـیص است یا تخصص، ولی نسبت به جریان این مبنی نسبت به اینجا، شیخ یک خرده تردیدی دارد و تعبیر به تأیید می کند.

نظر سید راجع به روایت جمیل (وحدت یا تعدد مطلوب)

خب این فرمایش شـیخ بود، ولی مرحوم سـید بعد از نقل روایات مضاربه فرمایشـی دارد که مطالب ذکر شده را یک مقدار ردّ می کند.

ص: ۱۵۵

ایشان می فرمایـد که که ما می توانیم صـحیح جمیل را طبق قاعـده قرار بدهیم و در نتیجه بگوییم که اصـلاً ارتباطی به بحث ما ندارد.

بیـان این مطلب عبارت از این است که در معاملاتی که واقع می شود، شـروطی گذاشـته می شود یا با لفظ شـرط یا به صورت قرار بین طرفین و گاهی اعتبار این خصوصـیات به نحو وحـدت مطلوب است. به این معنی که اگر این خصوصـیت نباشـد، این کار مطلوب نیست و عدم محض مقدم بر فاقد این خصوصیت است.

پس گاهی به نحو وحدت مطلوب است، مثل این که شخصـی احتیاج به منشی دارد و یک عبدی را برای این کار می خرد که توان کتابت ندارد، در حال احتیاج عبد فقط به این بوده است که عبد کتابت بداند. در این گونه موارد اراده ی شـخص به نحو وحدت مطلوب است.

ولی گاهی یک خصوصـیتی که شـرط شده است، در اولویت قرار می گیرد، و شـخص راضـی به عدم صـرف نیست، بلکه می گویـد: بایـد این شـیء دارای این خصوصـیت هم باشـد، ولی اگر آن خصوصـیت ممکن نشـد، اصـل مطلوب محفوظ است و خلاصه اینکه اراده به نحو تعدد مطلوب است.

در این صورت معامله صحیح می شود، منتهی داخل در معاملات خیاری می شود.

در اینجا هم ایشان می فرماینـد: ممکن است روایت جمیل یا حلبی یا سایر روایات، به نحو تعدد مطلوب باشد و اینکه حضـرت فرموده است: «الربح بینهما»، ولی خسران را باید عامل جبران کند، حمل به صورت تعدد مطلوب بشود.

جبران خسـران به این جهت است که یکی از مطلوب ها از دست رفته است، ولی اصل مطلوب موجود است و لـذا ربـح بین هر دو خواهد بود.

ص: ۱۵۶

لذا بر اساس تعدد مطلوب، آن اذن مطلقی که قبلاً داده است، مصحح معامله و ربح است.

ایشان در عروه راجع به شروط خارج از اصل، تعبیر به «التزامٌ فی التزام» می نماید، یعنی یک التزام مطلق وجود دارد و این التزام مطلق ظرف برای التزام دیگر است.

حال اگر التزام دوم خراب شد، التزام اول در جای خود باقی است، بخلاف عکس این مطلب که اگر التزام اول خراب شود، دومی هم خراب می شود.

در عروه تعبیر به «التزام فی التزام» تعبیر می کند. در اینجا هم تعبیر به تعدد مطلوب کرده و روایت را بر آن حمل می کند.

بعد هم در بیان شاهد بر این مطلب می فرمایند: از اشتراطی که عباس کرده و طرف مقابل را در صورت مخالفت ضامن دانسته است، استفاده می شود که شرطی که در اینجاست، رکن معامله نیست، بلکه امری زائد بر اصل معامله و «التزام فی التزام» است که به نحو تعدد مطلوب می باشد.

البته باید این توضیح بیان بشود که در این روایت بین برخی خصوصیات خارجه و خصوصیاتی به حسب ظاهر رکن می باشند، فرقی قرار داده نشده است و می گوید: از فلان زمین تجاوز نکن و از همانجا خرید کن و اگر با این امر من مخالفت کردی، تو ضامن هستی. این مورد مربوط به امر زائد بر اصل معامله است. قسمت دیگر هم عبارت از این است که می گوید: حیوان نخر و «ذا کبد رطبه» را خرید نکن. ولی این شخص رفته است و مواشی خریده است، در حالی که قرار نبود مواشی بخرد. در این صورت رکن معامله مخدوش شده است، ولی در عین حال ایشان می فرماید که ما اینجا را حمل به تعدد مطلوب می کنیم. به این معنی که قصد مالک به جریان افتادن پولش بوده است، ولی این اولویت هم مدّ نظر او بوده است که از کجا خرید بشود، یا چه چیزی خریداری نشود و امثال آن. و خلاصه اینکه در اینجا دو مطلوب وجود دارد: یکی اصل به جریان افتادن پول و دیگری هم برخی خصوصیات راجع به آن.

سید این بیان را شاهد برای اثبات مطلب آورده و اینطور حکم کرده است که در روایت یک اذن عامی وجود دارد که طبق این بیان ایشان، قهراً این روایت از فضولی خارج خواهد بود.

البته فهم این روایت قدری احتیاج به توضیح دارد. حضرت می فرمایند: اگر عامل ربحی کرد، بین هر دو خواهد بود، ولی اگر ضرر کرد، به گردن عامل است و بعد هم شاهدی را بیان می نماید.

منتهی بحث در این است که مراد از بیان شاهد در این روایت چیست؟

یک احتمال این است که حضرت می خواهد مسئله ی شرعی را به طرف مقابل یاد بدهد، احتمال دیگر هم عبارت از این است که عباس انشاء ضمان کرده و می گوید: اگر تو با امر من مخالفت بکنی، ضامن هستی.

البته مناسبت ندارد که امام برای بیان حکم شرعی به عمل عباس استدلال بکند، عباس که معصوم نبوده است تا به کلام و عمل او استشهاد بشود. حتی در بعضی از روایات راجع به عباس اشکالاتی هم بیان شده است.

احتمال مناسب این است که بگوییم: عباس در مقام انشاء ضمان است و می گوید: اگر بر خلاف امر من عمل کردی، ضامن هستی و باید خسارت ضرر را بپردازی.

پرسش: شاید حضرت می خواهد به عرف اشاره به عرف بکند و عباس را هم به عنوان یکی از موارد عرف بیان کرده است.

پاسخ: در بیان حکم مسئله که نمی شود به عرف تمسک کرد، ولی این احتمال قوی تر است که عباس در مقام تضمین است و با تضمین او، عامل در صورت مخالفت ضامن خواهد بود. عرف هم در این صورت طرف مقابل را ضامن می داند. البته معمول آقایان تضمین را شرط در ضمان نمی دانند و نفس مخالفت عامل را در ثبوت ضمان کافی می دانند.

ص: ۱۵۸

خلاصه اینکه چرا حضرت به کلام عباس استناد کرده است را ما خوب نفهمیدیم.

پرسش: در ذیل این روایت وارد شده است که «و ابلغ ذلک رسول الله و اجاز شرطه علیهم» (۱) ، یعنی این مطلب به پیامبر رسید و پیامبر هم شرط عباس بر آنها را جایز دانست.

پاسخ: این خوب است، ولی باز هم از این روایت حکم مسئله استفاده نمی شود، زیرا عباس شرطی کرده است و شرط او نافذ است و چنین شرطی برای عامل اشکالی ندارد.

آنچه که آقایان می گویند، عبارت از این است که ثبوت ضمان احتیاج به تضمین ندارد و همین که شخص تخلف کرد، ضمان بر او ثابت می شود، ولی از این روایت استفاده می شود که ضمان با تضمین مالک می آید.

پرسش: با توجه به اینکه مال در دست عامل امانت است، شاید از باب تعدی در امانت ضامن است.

پاسخ: اشکال بنده در همین است که عامل تعدی در امانت کرده است و ثبوت ضمان احتیاجی به تضمین ندارد و اگر هم بگوییم که حضرت در مقام بیان حکم است، استناد به غیر معصوم مناسبتی ندارد.

خلاصه اینکه ما این روایت را خوب نفهمیدیم که آیا تضمین دخالت در مسئله دارد یا نه.

بنابراین همان طور که مرحوم سید بیان کرده است، اگر این روایت را بر تعدد مطلوب حمل بکنیم، ارتباطی به بحث ما نخواهد داشت.

منتهی مرحوم سید اینجا را یک طوری بیان کرده است که صدر و ذیل با هم نمی سازد.

۱- وسائل الشیعه، الشیخ الحر العاملی، ج۱۹، ص۱۸، کتاب المضاربه، ب۱، ح۱۲، ط آل البیت.

عبارت این طور است:

«فالاولی أن یقالَ إنَّ مجرد منع المالک عن تصرفٍ خاص أو السفر إلی جهه خاصه لا یستلزم عدم الرخصه فی المعامله» (۱) ، یعنی ممکن است به نحو تعدد مطلوب راضی به معامله باشد.

«و بعباره اخری یُمکِنُ أن یَکُونَ منعُه منعاً تکلیفیاً منه لا وضعیاً حتی یستلزم کون التصرف غیر مأذون فیه بالاذن الوضعی».

«وان شئت فقل انها محموله علی صوره تعدد المطلوب فالضَّمان إنما هو من جهه المخالفه فی المطلوب الثانی»، دو التزام بوده است و چون عامل با التزام دوم مخالفت کرده است، ضامن می باشد.

«و کون المعامله صحیحه و الربح بینهما من جهه الموافقه فی المطلوب الاول و هو اصل التجاره المربحه»، این تجارت مربحه است و مصداق برای إذن کلی مالک است.

«و یشیر إلی ذلک ذیل صحیحه الحلبی المشتمله علی قضیه عباس فان ظاهره انه کان یشترط الضمان مع بقاء الاذن فی التجاره»، کأنّ عباس می گوید: اگر مخالفت کردی، فقی ضامن هستی، نه اینکه اصل معامله باطل باشد. این طور استفاده می شود که کأنّ شخص مأذون است، ولی اگر مخالفت کرد، ضامن هم هست.

«مع بقاء الاذن فی التجاره فیکون المراد من الاشتراط فیها الضمان لا تخصیص مورد الاذن فی التجاره و التقیید فیه و علی هذا فلا دخل لها بمسأله الفضولی اصلاً»

این ذیلی که تعبیر شده است با صدر کلام سید منافات دارد، زیرا ایشان کأنّ می خواهد بگوید که این مطالب مولوی نیست، بلکه ارشادی است و در مقام بیان این مطلب است که این کارها را نکن که به ضرر توست، مثل اینکه در خیلی جاها وقتی شخص عاریه می دهد، می گوید: اگر تلفی واقع شد، تو ضامن هستی. تعبیری که در ذیل آمده مبنی بر اینکه «فیکون المراد من الاشتراط فیها الضمان»، اشاره به این دارد که این مطلب ارشادی است نه مولوی و در مقام بیان این مطلب است که تو باید بفهمی که اگر مخالفت بکنی، به ضرر توست و باید حواست را جمع کنی تا مخالفت نکنی، ولی صدر تعبیر اشاره به این دارد که اینها نهی مولوی است و نهی تکلیفی است نه وضعی.

۱- حاشیه المکاسب، للیزدی، ج۱، ص۱۳۶.

خلاصه اینکه یک نحوه تنافی بین صدر و ذیل عبارت وجود دارد.

روایات مؤید صحت عقد فضولی ۹۳/۰۷/۱۶

Your browser does not support the audio tag.

روایات مؤید صحت عقد فضولی

خلاصه درس:

استاد در این جلسه ابتداء به بررسی صحیحه ی حلبی پرداخته و سپس تمسک شیخ به روایت جمیل را مورد بررسی قرار می دهد. در ادامه اشکال مرحوم شیخ عبدالکریم بر تمسک به این روایت مورد نقد و بررسی قرار می گیرد.

استاد بعد از بیان نظرات مختلف راجع به این روایت، طبق تصویر تعدد مطلوب مرحوم سید استناد به این روایت برای تأیید عقد فضولی را صحیح بیان می فرمایند.

بررسی صحیحه ی حلبی

در صحیحه ی حلبی که به مضاربه ی عباس اشاره شده بود و در روایت علی بن جعفر ذیلی وجود ندارد و آن قسمتی که نقل شده است، به نظر می رسد که قدری مستبعد باشد.

این قطعه مخصوصی که بیان می کرد: عباس کثیرالمال بود و پیغمبر هم مضاربه ی او را امضاء کرده است، فقط در کتاب نوادر وارد شده است. کتاب نوادر به نام احمد بن محمد بن عیسی چاپ شده است، ولی این کتاب متعلق به حسین بن سعید است.

اگر ما بخواهیم عبارت صحیحه حلبی را تصحیح کنیم، باید بگوییم که هم حلبی و هم علی بن جعفر که حکم مسئله را نقل کرده و فعل عباس را ذکر نموده اند، این روایت را بدون ذیل نقل کرده اند و اگر این روایت با ذیل باشد، اشکالی ندارد.

کلام عباس را هم به عنوان بیان یک حکم عقلائی در نظر بگیریم، نه اینکه انشاء ضمان باشد. به عبارت دیگر عباس می گوید: اگر مطابق با قرارداد عمل نکردی، ضامن است و همه ی عقلاء تو را ضامن می دانند.

ص: ۱۶۱

در حقیقت کلام او إخبار از یک حکم عقلائی ثابت در جامعه است، منتهی این حکم عقلائی هم مثل «أحل الله البیع» و امثال آن باید مورد امضاء قرار بگیرد و برای حضرت هم نقل شده و ایشان هم امضاء فرموده اند.

قهراً طبق این بیان اشکالی پیدا نمی شود و فقط اشکال در این خواهد بود که روایت علی بن جعفر و صحیحه ی حلبی تقطیع

شده اند و قاعده این بوده است که ذیل روایت هم ذکر بشود.

پرسش: ظاهر روایت انشاء است.

پاسخ: از ظهور چیزی در نمی آید و اصلاً ما این ظهورات را قبول نداریم. وقتی عباس می گوید: تو ضامن هستی، ظهور در این ندارد که تو ضامن نیستی، ولی من تو را ضامن می کنم.

اگر ظهور بخواهد حجت باشد، باید به حدّ اطمینان رسیده باشد تا قبول بشود، والا به صرف احتمال بیشتر نمی توانیم، ظهور را حجت بدانیم. اگر اینطور باشد، باید ما تمام إشعارها را هم حجت بدانیم. در اینجا هم حداکثر چیزی که هست، إشعار است و حتی معلوم نیست که همین إشعار هم وجود داشته باشد.

در اینجا مالک می گوید: تو ضامن هستی، نه اینکه من می خواهم برای تو تأسیس ضمان بکنم. قانون عقلائی در عاریه و امثال آن عبارت از این است که شخص انشاء ضمان می کند که اگر این شیء تلف شد، تو باید پول آن را بدهی، اما در اینجا چنین ظهوری حتی در حد إشعار هم وجود ندارد.

تمسک شیخ به روایت جمیل

ص: ۱۶۲

شیخ انصاری به روایت جمیل تمسک کرده و به یک تقریبی می فرماید که این روایت راجع به فضولی در مورد خاص است و نسبت به صحت فضولی در مورد عام هم مؤید می باشد.

صحت فضولی در این مورد خاص، مؤید این مطلب است که فضولی به طور کلی هم صحیح می باشد.

اشکال مرحوم شیخ عبدالکریم در تمسک به روایت جمیل

مرحوم آقا شیخ عبدالکریم مؤسس حوزه - طبق آنچه که در تقریرات ایشان وارد شده - ایشان در استدلال به این روایت اشکال کرده و می فرمایند: این روایت قابل استناد نیست، زیرا به طور مسلم برخلاف قواعد است و توجیه مرحوم آقا سید محمد کاظم راجع به تعدد مطلوب و امثال آن هم قابل قبول نمی باشد.

فرمایش ایشان این است که طبق ظاهر روایت، شخص بدون اذن مالک، متاعی غیر از متاع مورد قرار با مالک را خریده است. البته یک توجیه دیگری برای این روایت شده است که طبق آن از ظهور اولی روایت رفع ید می شود که این توجیه را بعداً عرض خواهیم کرد.

اگر در این صورت که شخص بدون اذن مالک متاعی را خریداری کرده است، بگوییم که این معامله صحیح است و احتیاجی به اجازه و امثال آن ندارد، پیداست که این بر خلاف قاعده است که چنین معامله ای حاصل شده باشد و ربح آن هم مشترک بین طرفین باشد.

مضاربه در حقیقت مرکب از وکالت و جعاله است. در مضاربه قراری بسته می شود که شخص با مال کار بکند و اجرت کار هم عبارت از شرکت در ربح معامله است. البته میزان شرکت بستگی به توافق طرفین دارد که بر نصف یا ثلث یا ربع یا عشر باشد.

وقتی طرفین قراری بستند، در خارجی بیع و شرائی واقع می شود که این بیع و شراء معلول و مستند به قرارداد مضاربه ای است که بین طرفین بسته شده است.

اگر شخص در مواردی دیگری بیع انجام می داد، اجرت کار خودش را که عبارت از دلالی است، می گرفت، اما در اینجا طبق قراردادی که بسته شده است، طرفین در ربح شریک می شوند.

بنابراین در مضاربه ابتداء یک قراردادی بسته شده است و بعداً هم یک بیع خارجی واقع گردیده است. فضولی نسبت به آن قرارداد مضاربه عبارت از این است که شخص ملک دیگری را به عامل بدهد و با او قرارداد مضاربه ببندد. اگر مالک بعداً راضی به این قرارداد شده و بگوید: هر چند تو مال مرا بدون اذن با دیگری قرارداد بستی، ولی اشکالی ندارد. در این صورت مضاربه فضولی خواهد بود و به وسیله ی اجازه تصحیح می گردد.

ولی مفروض کلام ما عبارت از این است که قرارداد مضاربه بین مالک و عامل بسته شده است، ولی عامل در خارج طبق قراردادِ مضاربه عمل نکرده و یک بیع یا شراء فضولی انجام داده است. در اینجا که شخص بدون اذن مالک چیزی را فروخته یا خریده است، در صورتی که مالک اجازه بدهد، نتیجه اش این نخواهد شد که طرفین در ربح مشترک باشند. فوقش این است که عامل روی مال مالک شرائی انجام داده است و باید اجره المثل عمل خودش را دریافت بکند. گاهی هم ممکن است که مالک به شرط مجانی بودن عمل عامل، نسبت به معامله اجازه بدهد.

ص: ۱۶۴

خلاصه اینکه در این مورد که بیع یا شراء فضولی واقع شده است، در صورت اجازه ی مالک، نباید نتیجه اش ربح مشترک باشد، ولی در این روایت به اشتراک در ربح اشاره شده است و از این جهت، روایت منطبق بر قواعد عام نیست، بلکه باید بگوییم که تعبد محض است و تعبد محض هم اشکالی ندارد، زیرا خداوند متعال ولایت بر تمام عالم دارد و طبق مصالحی که خود می داند، می تواند تصمیم بگیرد. از این جهت اشکالی وجود نخواهد داشت، ولی دیگر این روایت مؤید مسئله ی مورد بحث ما نخواهد بود.

رد مرحوم حاج شیخ بر تصویر تعدد مطلوب

ایشان در ادامه بدون اینکه نامی از مرحوم سید ببرند، می فرمایند: بعضی ها خواسته اند که با تعدد مطلوب استناد به این روایت را تصحیح بکنند، ولی تعدد مطلوب در اینجا صحیح نیست، بلکه درجای دیگر صحیح می باشد.

تعدد مطلوب در جایی صحیح است که من بگویم: من این عبد را فروختم مبنی بر اینکه کاتب باشد. شخص مقابل هم به این اعتقاد که این عبد کاتب است، راضی به خرید آن می شود. در چنین موردی که راجع به عین شخصی است، تعدد مطلوب صحیح می باشد. مطلوب اولی عبارت از این است که شخص می خواهد عبد کاتب را بخرد، بعد هم به اعتقاد اینکه زید عبد کاتب است، به خرید زید رضایت پیدا می کند. در باب رضا اگر انسان علم داشته باشد که مطلوب اولی شخص منطبق بر یک موردی است، ولو اینکه علم او خطأی باشد، رضا بر آن فرد خارجی متمشی می شود. در اینجا هر چند مطلوب اولی منعدم است، ولی چون مطلوب دومی که تطبیق نسبت به آن حاصل شده است، موجود است، حکم به صحت می گردد.

ص: ۱۶۵

در اینجا دو مطلوب وجود دارد که یکی مفقود و دیگری موجود است.

این در صورتی بود که عین شخصی باشد، ولی اگر عین کلی باشد، تعدد مطلوب نخواهد بود، مثل اینکه شخصی بگوید: یک عبد مؤمن به من تحویل بده، و طرف مقابل یک عبد غیر مؤمن تحویل بدهد که در این صورت اصلاً مورد رضایت تحویل داده نشده است و تعدد مطلوب در چنین جایی نیست تا بگوییم: مطلوب اولی از بین رفته، ولی مطلوب انطباقی اش موجود است.

در مورد روایت هم مالک گفته است که یک نوع خاصی از متاع را بخر، ولی عامل نوع دیگری را خریده است و با توجه به کلی بودن عین، تعدد مطلوب جاری نمی باشد. این فرمایش ایشان است.

بیان عبارات مرحوم حاج شیخ

من عبارت می خوانم و بعد نظر خودم را عرض می نمایم.

ایشان بعد نقل توجیه شیخ در مؤید بودن این روایت می فرمایند: «و یمکن أن یقال: إنّ مضمون الروایه غیر منطبق علی القواعد مطلقاً لا فی فرض الإجازه و لا فی فرض عدمها و لا فی جانب الربح و لا فی طرف الوضعیه و الخسران، أمّا فی فرض الإجازه فلأنّ المضاربه لم تقع لا ـ أصالهً لعدم انطباق العقد علی الواقع، و لا فضولهً لأنّ الفرض أنّه لم ینشأ عقد المضاربه فضوله من طرف المالک». فضولی در مضاربه نیست، بلکه فضولی مربوط به بیع وشرائی است که عامل انجام داده است، «و إنّما انشأ البیع و الشراء» آن بیع و شرائی که واقع شده است، فضولی است.

«فلحوق الإجازه لا بدّ أن يصحّح عقد البيع لا المضاربه، و من المعلوم أنّ مقتضاه رجوع تمام الربح إلی المالک»، وقتی عامل بیعی انجام داد و مالک هم گفت: عیبی ندارد و من بیع و شراء را اجازه دادم، تمام استفاده و ربح این بیع و شراء متعلق به مالک خواهد بود، نه اینکه عامل و مالک شریک در ربح باشند.

«و من المعلوم أنّ مقتضاه رجوع تمام الربح إلی المالک و عود تمام الخسران علیه من دون عود شی ء منهما إلی العاقد»، این بر فرض اجازه است.

«و أمّا فی فرض عدم الإجازه فاشتراک الربح معلوم عدم وفقه مع القواعد و کذلک الخسران، فإنّ ظاهر العباره أنّ البیع فی غیر الخسران نافذ»، ظاهر این روایت و روایت های دیگر این است که اگر ربح کرد، هر دو در آن شریک اند، ولی خسران متوجه عامل و عاقد است. ظاهر روایت این است که عقد صحیح است، منتهی اگر خسارتی شد، شخص ضامن است و باید جبران بکند، اگر هم ربحی شد، مشترک بین طرفین است. در اینجا عقد صحیح است و اگر هم ربحی شد باید بین طرفین باشد، با اینکه در فضولی اگر اجازه ندادند، صحیح نیست و نباید نقل وانتقالی واقع بشود.

خلاصه اینکه، روایت هم در فرض خسران و هم در فرض ربح منطبق بر قواعد نیست و ما نمی توانیم یک چیزی را که بر خلاف قواعد است را مؤید یک مطلب قاعده ای مانن بیع فضولی بیاوریم و یک چیزی که صرف تعبد محض است، صلاحیت تأیید امری مانند بیع فضولی را ندارد.

ص: ۱۶۷

«و علی هذا فالروایه مشتمله علی التعبّد المحض لا یمکن الاستئناس و الاستشهاد بها للمقام»، بنابراین اینکه شیخ به نحو تأیید یا استیناس این روایت را ذکر کرده است، درست نمی باشدو

راجع به تعدد مطلوب سید هم می فرماید: «و قد یقال بخروج موردها عن موضوع الفضولی رأساً بدعوی حملها علی صوره تعدّد المطلوب بمعنی أنّ المالک قد رضی بمطلق المضاربه وضعاً لکنّه شرط المعامله فی الوجه الخاص لأجل ثبوت الضمان علی تقدیر المخالفه»، یعنی تعدد مطلوبی در کار باشد و یک مطلوبش مفقود و مطلوب دیگرش موجود باشد.

«و فیه: أنّ ذکر القید المتخلّف لو کان فی العقد الواقع علی العین الشخصیّه کأن یقول: بعت هذا الفرس علی أن یکون عربیّاً، فبان ترکیّاً أمکن أن یقال بأنّ عدم تحقّق القید لا یوجب فساد البیع فی الأصل بدعوی تعدّد المطلوب عرفا»، مطلوب اولی واقع نشده است، ولی نسبت به مطلوب ثانوی تطبیقی رضایت داده شده و عقد صحیح است.

«و أمّا إذا کان مورد العقد المشروط الأمر الکلی - کما هو المفروض فی المقام حیث إنّ المالک اشترط علی العامل أن لا یرتکب فی معاملاته الجهه الکذائیه - فحینئذ مورد المضاربه هو المقیّد بغیر الجهه الواقعه»، مورد مضاربه مقیّد بوده و این چیزی که واقع شده است، مباین با است.

«بغیر الجهه الخاصّه و هو مباین مع الواجد لها». این فرمایش ایشان است.

ردّ استاد بر دو فرمایش مرحوم حاج شیخ

ایشان می فرمایند که تعدد مطلوب در اینجا صحیح نیست، ولی عرض ما این است که تعدد مطلوب صحیح می باشد.

ص: ۱۶۸

راجع به مطلب اولی هم که ایشان فرمودند: این فضولی راجع به بیع است و قهراً وجهی ندارد که بعد از امضاء طرفین شریک در ربح باشند، باید عرض کنیم که این مطلب هم قابل تصور است، زیرا گاهی شخصی در مال دیگری تصرف می کند و هیئت یا خصوصیتی در آن مال ایجاد می کند که قیمت آن را بالا می برد. در این صورت اگر این عمل ارزشمند بدون توافق با مالک انجام شده باشد، احترامی ندارد، ولی اگر با اجازه این کار را کرده باشد و هیچ تصریحی هم به مجانی بودن کار نشده باشد، اجره المثل برای او ثابت خواهد بود.

حال اگر شخصی که این عمل را انجام می دهد، قصدش این باشد که اگر نفعی برای مالک حاصل شد، شریک در این نفع باشد، در این صورت اگر مالک امضاء کرد و گفت: اشکالی ندارد، مشارکت هر دو در ربح اشکالی ندارد.

پرسش: ...

پاسخ: قبلاً نه! این شخص می گوید: من این کار را کردم و قیمت این شیء بالا رفت. او هم با قصد او موافقت می کند.

پرسش: ... مضاربه را قبول کرده است؟

پاسخ: نه! ملک را اجازه داده است. آن شخص زحمتی انجام داده و قیمت این شیء را بالا برده است، قصدش هم این بوده که در ربح شریک باشد. مالک هم اجازه ی نقل و انتقال را می دهد و با قصد او موافقت می نماید.

پرسش: به جعاله برمی گردد؟

پاسخ: می گویم طرف بعد از عمل خارجی توافق کرده است و لازم نیست که این توافق قبلاً واقع شده باشد. اگر مجانی باشد، به صورت مجانی منتقل می شود، اگر هم احترامی برای عملش قائل شده است، متعارف احترام عبارت از این است که اجره المثل ثابت باشد، ولی اگر بر چیزی دیگری توافقی کردند، اشکالی ندارد.

ص: ۱۶۹

پرسش: هبه ی مالک می شود؟

پاسخ: اشکالی ندارد که مالک با نیت شخص موافقت بکند و او را در ربح شریک بکند.

پرسش: آقا ثبوتاً فرمایشتان درست است ولی حضرت مطلق فرموده اند.

پاسخ: ایشان می فرمایند که اگر ما قید هم بزنیم، باز هم بر خلاف قواعد خواهد بود، ولی عرض ما این است که اگر مقید به صورت اجازه بکنیم - کما اینکه شیخ این طور قید زده است - برخلاف قواعد نخواهد بود.

تصحیح دیگری برای روایت

راه دیگری که در کتاب البیع برای تصحیح بیان شده است، عبارت از این است که در صحیحه جمیل این طور وارد شده است که «ضرب من المتاع» خریده شود و قرار بر این بوده است. ظاهر روایت این است که عامل با این قرار مخالفت کرده و نوع دیگری از متاع را خریده است و چون ما بیشتر از یک التزام نداریم، تعدد مطلوب را هم نمی توانیم تصور بکنیم، ولی برای اینکه روایت بر خلاف قواعد نباشد، می توانیم اینطور توجیه بکنیم که مخالفت عامل در امری بوده است که خارج از موضوع می باشد ومثلاً یک جهت خاصی را رعایت نکرده است. مثلاً مالک گفته است که این متاع را نباید به فلان کس فروشی، یا از فلان مکان تهیه کنی و یا برخی جزئیات دیگر را باید مراعات بکنی. اگر عامل این جزئیات را مراعات نکند، به اصل مضاربه ضرری وارد نمی شود، بلکه برخی از شرایط خارجی آن رعایت نشده که ضرری به اصل مضاربه نمی زند.

ص: ۱۷۰

مخالفت این تصحیح با ظاهر

این تصحیح برای روایت بیان شده است، ولی ما عرض کردیم که در روایت عباس، تصریح شده است که عامل نباید حیوان بخرد و آن شخص هم با این دستور مخالفت کرده است و نمی توانیم چنین تصحیحی را درست بدانیم.

به نظر ما حتی اگر مخالفت در نوع جنس هم شده باشد، باز هم وحدت مطلوب و تعدد مطلوب قابل تصویر است و لزومی ندارد که ما مرتکب چنین خلاف ظاهری بشویم و باید به فرمایش مرحوم آقا سید محمدکاظم (تعدد مطلوب) قائل شویم.

«و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

بررسی روایت جمیل بن دراج ۹۳/۰۷/۱۹

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: بررسی روایت جمیل بن دراج

خلاصه درس:

استاد در این جلسه به ادامه ی بررسی روایت جمیل بن دراج پرداخته و دو احتمال اطلاق و تقیید این روایت را مورد اشاره قرار می دهند.

ایشان در ادامه فرمایش حاج شیخ راجع به صحت تعدد مطلوب در عین شخصی و عدم صحت آن در مورد کلی را مورد نقد و بررسی قرار می دهند و طبق نظر سید، تعدد مطلوب در مورد بحث را صحیح می دانند.

مطلب دیگری که در این جلسه به آن پرداخته می شود، تعیین مراد از «ضرباً من المتاع» در روایت جمیل است که طبق فرمایش ایشان، بهتر این است که ما متاع را به معنای نوع و ضرب را هم به معنای صنفی از آن بدانیم.

اخذ به اطلاق یا تقیید روایت جمیل بن دراج

فرمایش شیخ راجع به روایت جمیل بن دراج، فرمایش مندمجی است. ایشان می فرمایند که ما به اطلاق روایت جمیل بن دراج اخذ کردیم، چنانکه بعض الاصحاب هم به همین اخذ کرده اند.

ص: ۱۷۱

مرحوم آقای آقا سید ابوالحسن اصفهانی هم در وسیله به عین مضمون آن اخذ کرده است.

اگر ما به اطلاق اخذ کرده و بگوییم: این روایت تعمداً بر خلاف قواعد وارد شده است، هیچ دلالتی بر فضولی نخواهد داشت، ولی می توان از آن نسبت به فضولی استیناس نمود.

ایشان می گوید: بهتر این است که خلاف قاعده بودن را از این بابت بدانیم که معامله بدون اجازه واقع می گردد و مناسب تر آن است که خلاف قاعده را کمتر باشد و لذا ایشان تعبیر می کند که از این روایت برای فضولی استیناس می شود. این در فرضی است که ما بخواهیم به اطلاق روایت اخذ کنیم.

اما فرض دیگر عبارت از این است که روایت بر صورتی حمل کنیم که در اثر ظهور ربح، رضایت مالک حاصل شده است، کما هوالغالب و مقتضی الجمع بین این روایت و سائر روایاتی که طبق آنها بدون رضایت مالک تصرفات نافذ و صحیح نیست.

مراد از «کما هو الغالب» عبارت از این است که بعد از ظهور ربح، مالک غالباً راضی به معامله می شود.

معاملات از سه صورت خارج نیست، یک صورت ربح، صورت دیگر خسران و سومین صورت هم عبارت از این است که نه ربحی شده باشد و نه خسرانی.

تعبیر «کما هو الغالب» را نمی توانیم این طور معنی کنیم که در غالب معاملات، ربح حاصل می شود و چنین غلبه ای از این جهت وجود ندارد.

به اعتقاد بنده همان معنایی که ذکر کردیم صحیح است و مراد ایشان از «کما هوالغالب»، عبارت از این است که وقتی در معامله ربح حاصل شود، غالباً رضایت مالک هم حاصل می گردد. این صورت هم، فرض نادر نیست تا اطلاق صلاحیت حمل بر آن را نداشته باشد.

ص: ۱۷۲

ایشان می گوید: در صورت ربح، غالباً نسبت به معامله اجازه و رضایت وجود دارد و صورت ربح هم صورت نادر نیست تا نتوانیم اطلاق را بر آن حمل کنیم.

مقتضای جمع بین این روایت و روایاتی که رضایت را شرط در صحت و نفوذ عقد می دانند، عبارت از این است که این روایت را حمل بر صورتی کنیم که ربح حاصل شده است و مالک هم غالباً نسبت به معامله ای که ربح در آن حاصل شده باشد، رضایت دارد.

البته در اینجا فرض خسران هم شده است و در روایت بیان شده است که در صورت خسران، شخص ضامن است و در صورت ربح هم، سود مشترک بین طرفین خواهد بود.

گاهی اوقات قبل از اینکه شخص مال را تحویل بدهد، دزد آن را می برد و چون اصل معامله بدون اجازه بوده است، بنابراین در این صورت که صدمه ای به متاح خورده است، ضامن است.

شیخ می فرماید که این روایت را به صورت ربح حمل می کنیم که معمولاً هم در این صورت مالك راضی است و چون ید عامل نسبت به تصرف در این مال، ید عاریه بوده است، اگر تلفی واقع شد، ضامن خواهد بود.

این توجیهی است که شیخ بیان فرموده است، ولی اینکه در صورت ربح غالباً مالك راضی به معامله باشد، فرمایش تمامی نیست، زیرا روایت به مطلق ربح اشاره کرده است، ولی ممکن است که مالك مورد دیگری را در نظر داشته است که نسبت به این کار سود بیشتری در آن بوده است. به عبارت دیگر، مقصود مالك این بوده است که از معامله ی خاصی سود بیشتری عایدش بشود، ولی با توجه به اینکه عامل مال را در کار دیگری صرف کرده است، سود کمتری عاید مالك شده است و او هم به سود کمتر راضی نیست.

ص: ۱۷۳

پس بنابراین این طور نیست که اگر ربحی حاصل شـد، غالباً مالک راضـی به این معامله باشـد و چنین چیزی کلیت ندارد. البته ایشان رضایت را در خروج از فضولی بودن کافی می داند، اگر هم رضایت را کافی ندانیم، مالک انشاء اذن می کند.

پرسش: وضعیه شاملش نمی شود؟

پاسخ: در این روایت وضعیه ندارد و می گوید: «هو ضامن».

پرسش: ...

پاسـخ: «کما هو الغالب» به این معنی نیست در غالب موارد ربح حاصل می شود، بلکه مقصود شـیخ عبارت از این است که در صورت ربح، غالباً رضایت هم حاصل می شود. البته باید در کلام شـیخ این تصـرف را هم داشته باشیم که مراد از ربح، ربحی است که اربـح یا مساوی با ربـح در نظر گرفته شـده باشـد و این ربحی که حاصل شـده است، کمتر از ربح در نظر گرفته شده نیست. این فرض هم فرض نادری نیست تا حمل اطلاق بر آن صحیح نباشد.

بعید نیست که نظر شـیخ این باشد که اگر شخص بر خلاف نظر مالک عمل کرد، ولی بعد از اینکه ربحی حاصل شد و مالک رضایت داد، همان توافقی را که نسبت به اصل مضاربه داشتند، بعد از اجازه در نظر می گیرند و لذا در روایت وارد شده است که هر دو در ربح مشترک می باشند.

پرسش: استحقاق دارد یا ندارد؟

پاسخ: اگر توافق بکنند، استحقاق پیدا می کند.

پرسش: ...

پاسـخ: ایشان می گوید: برای جمع بین این روایت و روایات دیگر، این روایت را حمل بر موردی می کنیم که اشـکال برطرف بشود. این روایت صریح نیست تا ما ملتزم به خلاف قاعده و تعبد بشویم و ارتباطی به بحث فضولی نداشته باشد.

ص: ۱۷۴

بررسی فرمایش حاج شیخ راجع به تعدد مطلوب

دیروز مطلبی را از مرحوم حاج شیخ عبدالکریم نقل کردیم که قسمتی از عرض ما ماند.

ایشان می فرمایند: تعدد مطلوب اگر در عین شخصی بود و مطلوب اول حاصل نشد و مطلوب تطبیقی حاصل بود و رضایت تطبیقی در کار بود، معامله صحیح است و اشکالی ندارد، اما در جایی که تعدد مطلوب در یک امر کلی است و معامله به یک موضوع کلی تعلق گرفته است، مثل اینکه نسبت به زمان یا مکان خرید یا سایر خصوصیات داخل یا خارج از ذات متاع قیودی ذکر شود که به موضوع کلی می خورد و عامل مُجاز به آن است و مورد دیگر مرضی و مأذون از جانب مالک نمی باشد.

در این صورت، آن موردی که فاقد قید باشد، مباین با واجد قید است و با توجه به اینکه رضایت به احدالمتباینین تعلق گرفته است، نمی توانیم از یک مباین، مباین دیگر را تصحیح بکنیم.

بنابرای طبق قاعده نمی شود با تعدد مطلوب در اینجا معامله را تصحصح کرد، چون مورد کلی است، بر خلاف جایی که معامله به عین شخصی تعلق گرفته باشد.

عرض ما این است که تعدد مطلوب در امور کلی هم می آید و واجد و فاقد قید، هر دو از مصادیق احدالمطلوبین هستند و تعدد مطلوبی که سید می فرماید، صحیح است. منتهی چون خصوصیت مطلوب دیگری ذکر شده و از غیر آن نهی شده است، به جهت تعدی ضمان در کار هست و شخص ضامن است.

ص: ۱۷۵

مقصود از «ضرباً من المتاع» در روایت جمیل

مطلب دیگری که دیروز عرض کردیم، عبارت از این بود که روایات جمیل ظاهر در این است که شخص متاع دیگری غیر از متاع مأذون تهیه کرده است و در نتیجه رکن معامله مخدوش شده، نه شرط خارج از معامله و لذا از این جهت نمی توانیم معامله را صحیح بدانیم.

ایشان فرمودند: اگر در این صورت بخواهیم این نقل و انتقال را تعبدی دانسته و بگوییم: نظر شارع بر این است که چه مالک راضی باشد و چه راضی نباشد، این نقل و انتقال واقع شده است و ملک صحیح است، چنین تعبدی خیلی خلاف ارتکاز است و ما باید بر خلاف ظاهر یک تصرفی در این روایت داشته باشیم که بُعدش از این تعبد کمتر باشد.

دیروز گفتیم که مالک گفته است: این قسم از متاع را بخر و یک شرایطی هم در نظر گرفته شده است که شخص بر خلاف آن شرایط مقدری که در تقدیر است، عمل کرده است، «خلاف ما أمرت به». ما هم از باب اینکه بر تعبد غیر متعارف حمل نکنیم و اقلُّ محذوراً را در نظر بگیریم، این طور معنی کردیم، ولی این معنایی که دیروز عرض کردیم، درست نیست و خیلی بعید است که مراد ایشان این معنی باشد.

به احتمال قوی، مراد ایشان این است که مقصود از «ضرباً من المتاع» اشاره به صنف خاصی از متاع است و متاع هم نوعی از انواع است، نه اینکه اشاره به جنس داشته باشد.

مثلاً مالک گفته است که برنج صدری یا فلان چایی را خریداری کن، ولی او صنف دیگری را خریداری کرده باشد.

بنابراین طبق این معنی، مراد از متاع نوع است، نه جنس و مراد از ضرب هم صنف خاصی از نوع است.

ایشان این را خیلی بعید نمی داند و هر چند که بر خلاف ظاهر است، ولی در مقابل آن معنای خیلی بعیدی که بر خلاف ارتکاز بود، اهون است.

البته به نظر ما طبق فرمایش سید هم طبق این معنی که مراد از متاع نوع و مراد از ضرب، صنف باشد، مطلب تمام است و هم در صورتی که مراد از متاع جنس باشد و در هر دو صورت به نحو تعدد مطلوب معامله تصحیح خواهد شد.

در صورتی که متاع اشاره به نوع باشد، تعدد مطلوب به این صورت است که یک مطلوب عبارت از نوع است و مطلوب دیگر هم عبارت از صنف است که رجوعش به شرایط خارجی است، ولی اگر طبق معنای قبلی بگوییم که مراد از متاع، جنس است و مالک مثلاً گفته است: برو چای بخر، ولی شخص برنج خریده است، باز هم می توانیم با تعدد مطلوب معامله را این طور تصحیح بکنیم که یکی از مطلوبات مالک جنس بوده و یکی از مطلوباتش هم نوع بوده است و این نوعی که عامل به آن تعدی کرده است، مصداقی برای جنس بوده است و لذا می توانیم با تعدد مطلوب معامله را صحیح بدانیم.

شاهدش هم عبارت از این است که در روایتی که به عنوان استشهاد به عباس اشاره شده است، دو قسمت دارد: یک قسمت عبارت از این است که عباس به عامل شرط می کند که از فلان مکان جنس بخرد و دیگری هم اینکه حیوان نخرد، «ذا کبدٍ رطبه». در اینجا شخص حیوان خریده است و در روایت هم حکم به صحت معامله شده است.

ص: ۱۷۷

پرسش: شاید مطلوب مالک نفس ربح بردن بوده است.

پاسخ: تعبیر به اشتراء شده است و عامل بر خلاف شرط مالک عمل کرده است.

پرسش: ...

پاسخ: روایت می گوید: عباس گفته بود: حیوان نخر، ولی عامل مخالفت کرده و حیوان خریده است. در اینجا بحث از خصوصیات نیست، بلکه مالک گفته بوده است که حیوان نخر و اگر خریدی، ضامن هستی، ولی او با این شرط مخالفت نموده و حیوان خریده است.

پرسش:...

پاسخ: بیان شیخ راجع به تصحیح مضاربه نیست، بلکه مضاربه از اول به نحو تعدد مطلوب واقع شده است.

پرسش...

پاسخ: سید می گوید: معامله ای که هنوز واقع نشده است، به نحو تعدد مطلوب است و کأنّ دو مطلوب جعل شده است.

تمسک به عام بعد از تعیین مراد – بررسی روایات مضاربه ۹۳/۰۷/۲۰

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: تمسک به عام بعد از تعیین مراد - بررسی روایات مضاربه

خلاصه درس:

استاد در این جلسه ابتداء این بحث جدید را عنوان می فرماید که همانگونه که بعد از تعیین مراد، در تمسک به عام نسبت به شبهات موضوعیه بین شیخ و آخوند اختلاف وجود دارد، در شبهات حکمیه هم چنین اختلافی می تواند جریان داشته باشد.

ایشان در ادامه توجیه شیخ راجع به روایت جمیل را طبق مبنای خودشان دانسته و با توجه به اینکه نظر مشهور بر خلاف نظر شیخ است، این توجیه را بر مبنای خود شیخ صحیح می دانند که تقیید را بر تخصیص مقدم می دارد.

استاد همچنین فرمایش مرحوم ایروانی راجع به روایات مضاربه و وجود رضایت تقدیری را باین نموده و سه اشکال بر آن ایراد می فرمایند.

ص: ۱۷۸

تمسک به عام بعد از تعیین مراد (در شبهه موضوعیه و حکمیه)

یک بحثی وجود دارد که من در جایی ندیده ام که به آن پرداخته بشود، ولی مناسب است که عنوان بشود.

ما قبلاً مکرر به این مسئله پرداختیم که اگر مراد از عام بالاراده الجدیه یا بالاراده الاستعمالیه (علی الخلاف) مشخص بود و می دانیم که خاص را نگرفته است، ولی نمی دانیم که آیا این خاص از مصادیق عام نیست و تخصصاً خارج است، یا اینکه از مصادیق عام است، ولی تخصیص خورده است. در این مسئله بین شیخ انصاری و مرحوم آخوند اختلاف وجود دارد.

مثلاً خطاب وارد شده است که «أکرم العلماء و لاتکرم زیداً». در اینجا می دانیم که این خطاب زید را نگرفته است، ولی نمی دانیم که زید عالم نیست و به همین خاطر حکم وجوب اکرام شامل او نشده است یا اینکه عالم است، ولی از تحت عام تخصیص خورده است؟

اختلاف بین شیخ و آخوند در این است که آیا با توجه به عام می توانیم حکم به عالم نبودن زید کرده و در موارد دیگر حکم به جاهل بودن زید بکنیم، یا نه؟

شیخ می فرمایند: ما می توانیم در اینجا قائل به تخصص شده و بگوییم که زید از مصادیق عام نیست، زیرا هر قضیه ای، عکس نقیضی دارد و اگر گفتند: «کل عالم یجب اکرامه»، عکس نقیضش عبارت از این است که «ما لا یجب اکرامه فلیس بعالم». این عکس نقیض را کبری قرار داده و می گوییم: «زید لایجب اکرامه و کل ما لایجب اکرامه فلیس بعالم فزید لیس بعالم». با کبری قرار دادن عکس نقیض قضیه، عالم نبودن زید را نتیجه گیری می کنیم. این نظر شیخ است.

ص: ۱۷۹

مرحوم آخوند نظر ایشان را قبول نکرده و می فرماید: عکس نقیض، تابع خود قضیه است. اگر قضیه قطعی باشد، عکس نقیضش هم قطعی است، ولی اگر قضیه ظنّی باشد، عکس نقیضش هم ظنّی خواهد بود و آنجایی که در منطق ما به عکس قضیه اخذ می کنیم، در قضایای قطعیه است و چون عکس نقیضش هم قطعی است و حجیت قطع و ترتیب اثر دادن به آن هم ذاتی است، ما ترتیب اثر می دهیم، ولی عکس نقیض قضیه ی ظنّیه، ظنّیه است و اعتبار آن یا مجعول شرع است و یا بر اساس بنای عقلاء است. از شرع که دلیلی بر حجیت مطلق ظنّ نداریم، بلکه فقط ظنون خاصی در شرع حجت دانست شده است، بنای عقلاء هم در مثل چنین موردی که شک در مراد متکلم نداریم، ولی نمی دانیم که زید عالم است یا نه، حکم به جاهل بودن زید نمی کند.

خلاصه اینکه در چنین موردی بنای عقلاء بر تخصص در کار نیست.

این مسئله در همه جا ذکر شده و به اختلاف بین شیخ و آخوند در این مسئله اشاره گردیده است.

در این مسئله شک ما شبهه ی موضوعیه است، نه شبهه ی حکمیه. مثال شبهه ی حکمیه عبارت از این است که ما نمی دانیم معنای عدالت اجتناب از مطلق معصیت است یا برای اینکه شخص عادل باشد، فقط باید از کبیره اجتناب نماید؟

در یک جایی هم حکم شده است که شهادت غیر عادل مقبول نیست و در شهادت دادن، عدالت معتبر است. از طرف دیگر دیدیم که شهادت زیدی که مرتکب صغیره شده، قبول شده است. بحث در این خواهد بود که آیا با عکس نقیض این قضیه می توانیم نتیجه گیری کنیم که در عدالت اجتناب از صغیره معتبر نیست یا نه؟ البته احتمال هم می دهیم که شهادت زید به صورت اختصاصی و استثناءً قبول شده باشد.

آیـا می توانیم در اینجـا بـا عکس نقیض بگوییم: «زیـد قبل عـدالته و من قبل عـدالته فهو عادل فزیـد عادل». بنابراین با توجه به اینکه زید مرتکب صغیره است، بگوییم: در عدالت ارتکاب از صغیره معتبر نیست. و در نتیجه در جاهای دیگری که حکمی بر عدالت بار شده است، مثل نماز جماعت و تقلید و امثال آن هم مرتکب صغیره را عادل دانسته و این احکام را جاری بدانیم.

در آیه ی شـریفه ی «تجاره عن تراض» (۱) هم نمی دانیم که آیـا رضـایت حین العقـد معتبر است و در نتیجه فضولی باطل می باشـد، یا اینکه چون این عقد باقی است، اگر در عالم بقاء هم مورد رضایت شد، کفایت می کند و با اجازه ی صـحیح خواهد شد؟

از بعضی از روایات هم تصحیح فضولی در برخی موارد را می فهمیم. حال باید ببینیم که آیا با این قانونی که شیخ بیان فرموده است، (اسـتفاده از عکس نقیض) می توانیم صـحت فضولی در تمام موارد را استفاده بکنیم یا نه؟ و آیا می توانیم این مطلب را به صورت قاعده قرار داده و در سایر موارد هم از آن استفاده بکنیم یا نه؟

این بحث راجع به شـبهه ی حکمی مطرح نشـده است و آقایانی که به این بحث پرداخته اند، شـبهه ی موضوعیه را مورد اشاره قرار داده اند که مثلاً آیا زید جاهل است که وجوب اکرام ندارد، یا اینکه عالم است و از تحت عام تخصیص خورده است؟

پرسش:...

پاسـخ: به نظر می رسد که بر اساس مبنای شـیخ، شـبهه موضوعیه و حکمیه متحدند و در هر دو می توانیم با عکس نقیض قائل به تخصص بشویم.

۱- نساء/سوره۴، آیه۲۹.

فرمایش مرحوم ایروانی راجع به روایات باب مضاربه

مرحوم ایروانی راجع به این روایات باب مضاربه که خوانده شد، می فرمایند: به احتمال قوی این روایات مُنزّل به صورتی است که معمولاًـ مالک شرط مکان یا زمان و امثال آن را به این جهت تعیین می کند که به تصورش با این شرایط ربح بیشتری حاصل می شود و لذا اگر خود مالک بداند که در غیر این موارد هم ربح هست، راضی به معامله است و قهراً اگر شخصِ عامل عملی انجام داد و ربحی حاصل شد، مالک باطناً راضی بوده و شخص از ناحیه ی مالک مأذون است، منتهی اگر ضرری کرد، با تضمین مأذون بوده است.

طبق فرمایش ایشان یک اذن ارتکازی در این موارد هست و بنابراین این موارد از فضولی خارج می شود و مقتضای این اذن ارتکازی این است که اگر ربحی کرد، صحیح باشد و اگر هم ربحی نکرد، با تضمین صحیح باشد و مفاد روایات هم همین است و اشکالی هم وجود نخواهد داشت.

ایشان می گوید: این مطلب بهتر از آن توجیهی هست که شیخ باین کرده است.

بررسی توجیه شیخ راجع به روایت جمیل

یک مطلبی به ذهن بنده آمد که آن را برای شما می گویم که محصل عرائض ما عبارت از این است که شیخ اطلاق روایت را جمعاً بین الادله، حمل به صورت اجازه کرده و می فرماید: نظر مالک بر این است که اگر ربحی حاصل شد، هر چند تو با شرط من مخالفت کردی، ولی طبق همان قراری که گذاشتیم، هر دو در این ربح مشترک باشیم و من موافق با این مطلب هستم.

ص: ۱۸۲

در اینجا هر چند عامل با امر مالک مخالفت کرده است، ولی مالک با آن حق العملی که قرار گذاشته اند، موافقت کرده است و در صورت خسارت هم می گوید که خسارتش را به من بده.

عرض ما این است که بالأخره شیخ مطلق را به یک صورت خاصه ای حمل کرده است و بر اساس مسلک خود ایشان اگر دوران امر بین تخصیص و تقیید شد، باید تقیید را بر تخصیص مقدم بداریم. اگر ما بگوییم که اجازه از اول شرط نیست، تخصیص یک قاعده ی عام است که بگوییم اجازه معتبر نیست، اما اگر تقیید بکنیم، قهراً آن قاعده نسبت به مورد قید زمین نخورده است.

بنابراین ایشان در دوران امر بین تقیید و تخصیص، تقیید را مقدم بر تخصیص می داند و بر اساس مبنای ایشان می شود حمل بر فضولی کرده و طبق قاعده ی فضولی عمل کرد، ولی متعارف آقایان دیگر - کما هو الحق - قائل به این هستند که فرقی بین اصاله الاطلاق و اصاله العموم وجود ندارد و هر دو در عرض هم اند و هیچکدام ذاتاً بر دیگری تقدم ندارد. البته اگر جهات دیگری در خارج بود که موجب تقدم یکی بر دیگری شد، آن یک حرف دیگری است.

پس بنابراین با توجه به این مطلب، ما نمی توانیم از این روایت به صحت فضولی استناد کنیم.

اشکالات فرمایش مرحوم ایروانی

و اما راجع به فرمایش مرحوم ایروانی که می گوید: در اینجا اذن ارتکازی وجود دارد، باید عرض کنیم که چند اشکال به این فرمایش ایشان وارد است:

یکی اینکه اذن ارتکـازی – که عرف هم موافق آن است – عبارت از این است که شـخص متوجه چیزی نشـده است، ولی اگر توجه پیدا کند، بلافاصـله می گوید که اشکالی ندارد و فقط نفس تصور در اظهار رضایت کافی است. به عبارت دیگر، همین که شخص موضوع را تصور می کند، ابراز رضایت می نماید.

ولی گـاهی این طور نیست که بـا تصور موضوع، اظهـار رضـایت بشود، بلکه بایـد برای او توضـیحاتی بیـان کرد تـا رضایت او حاصل بشود و این طور نیست که با صرف تصور به رضایت برسد. چنین اذن تقدیری به این شکل در امور کفایت نمی کند و موجب هرج و مرج می شود.

اگر هر کسی بخواهد در اموال مردم تصرف کرده و بگوید: به نظرم آمد که این به نفع مالك است یا نفع این کار برای مالك بیشتر است و امثال آن، موجب هرج و مرج خواهد شد.

البته اگر همه معصوم بودنـد، اشـکالی نـداشت، ولی چون اشـخاص اشـتباه می کنند و گاهی به خیال اینکه این کار بهتر است، وارد آن می شوند، ولی بعد می بینند که بدتر بوده است و خیلی هم ضرر دارد.

البته ممکن است در برخی امور به صورت فی الجمله ضـرورت عرفیه اقتضـاء بکنـد که چنین إذنی جاری باشـد مثل اموری که مربوط به مرگ و امثال آن است و طبق «ما علی المحسـنین من سبیل» (۱) مجاز به انجام برخی امور باشیم، ولی در سایر موارد به جهت وجود اختلاف نظر، عرف چنین اذنی را کافی نمی داند. بنابراین این رضایت تقدیری کافی نیست.

۱- توبه/سوره۹، آیه۹۱.

ثانیاً مورد روایات مطلق ربح است و ممکن است آن چیزی را که خود مالك تعیین می کند، به نظر خودش دارای ربح بالایی باشد و این عامل مخالفت نموده و به سراغ چیزی رفته است که ربح کمتری دارد و لذا نمی توانیم قائل به اذن ارتکازی در چنین موردی بشویم.

ثالثاً همه معاملات صرفاً بر اساس ربح نیست و چه بسا مالك، جهات دیگری را هم در نظر گرفته و مثلاً می گوید: با زید معامله نکن، زیرا شاید ارتباط به زید برای او محذوراتی داشته باشد و لذا عامل را از معامله با زید بر حذر داشته است.

پرسش: این بیانی که امروز فرمودید در فرض ضرر هم روایت می گوید معامله صحیح است.

پاسخ: اگر هم بگوییم در صورت ربح، چنین چیزی هست، ولی در صورت خسران حتی به صرف اینکه ضمانی وجود دارد، متعارف اشخاص راضی نیستند که پولشان بی مصرف خرج بشود و نمی توانیم در چنین موردی قائل به رضایت ارتکازی مالك بشویم.

بنابراین اگر در صورت نفع هم بگوییم که مطلق المنفعه کافی است، ولی در صورتی که هیچ خاصیتی برای مالك نیست، نمی توانیم رضایت تقدیری را در نظر بگیریم، ولو اینکه با حصول خسارت، ضمانی هم ثابت باشد.

پس بنابراین چنین ارتکازی وجود ندارد و خلاصه اینکه این روایات دلیل بر مطلب نیست و باید تقییداً یا تخصیصاً تصرف در آن بکنیم.

معنای استیناس در روایات اتّجار – تمسک به عام با شک در کیفیت اراده ۹۳/۰۷/۲۲

ص: ۱۸۵

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: معنای استیناس در روایات اتّجار- تمسک به عام با شک در کیفیت اراده

خلاصه درس:

حضرت استاد در این جلسه ابتداء دو وجه در بیان مراد شیخ از استیناس به روایات اتّجار غیر ولی را توضیح می دهند. و در ادامه به اختلاف مرحوم شیخ و مرحوم آخوند در تمسک به عام در صورت شک در کیفیت اراده پرداخته و نظریه مرحوم آخوند را بر نظریه ی مرحوم شیخ ترجیح می دهند.

مقصود مرحوم شیخ از استیناس در روایات اتجار غیر ولی

وجه اول: مرحوم شیخ برای استیناس یا تأیید صحت فضولی به روایات اتّجار غیر ولیّ استناد کرده است.

ایشان می فرمایند (۱) : اگر ما به اطلاق این روایات تمسک کرده و بگوییم: چه ولیّ بعداً اجازه بدهد و چه اجازه ندهد، این اتّجار صحیح است، منتهی ربح مال یتیم است، ولی خسارت بر عهده ی کسی است که اتّجار کرده است، در این صورت، این روایات موجب استیناس صحت بیع فضولی می شود. ولی اگر اطلاق این روایات را تقیید به فرض اجازه ی ولی کنیم، از مصادیق بیع فضولی خواهد بود.

راجع به ذکر استیناس اشکالاتی مطرح شده است که مرحوم شیخ چرا استیناس گفته است. این نیاز به توضیحی دارد.

استیناس در مقابل استیحاش است. گاهی عموماتی داریم که در ارتکازات متشرعه یا بنای عقلاء، ابتداءً به نظر می رسد که آبی از تخصیص باشند، ولی اگر کسی از باب نقض این عمومات، مثالی بر خلاف آنها پیدا بکند، هیمنه ی این عمومات خواهد شکست. این مطلبی که عرض می کنم، درست نیست و فقط از باب مثال عنوان می کنم. مثلاً- اگر کسی بر خلاف ارتکازات متشرعه که مسئولیت دادن به زن را قبول ندارند، بگوید: اشکالی ندارد که زن فرماندار بشود و بعد هم برای مثال به واقعه ی کربلا اشاره بکند که بعد از عاشوار حضرت زینب (سلام الله علیها) حاکم بودند و دستور می دادند. ذکر این مثال برای شکاندن یک عامی است که بر اساس ارتکاز شرعی و عرفی محقق شده است.

ص: ۱۸۶

۱- کتاب المکاسب، للشیخ الأنصاری، ج ۳، ص ۳۶۰، ط الحدیثه .

مرحوم شیخ می گوید: ممکن است این طور گفته بشود که اگر شخص بدون اجازه ی مالک بخواهد ملک او را مورد معامله قرار بدهد، بر خلاف ارتکازات عرف و شرع می باشد، ولی ما می توانیم بگوییم که این عمومات آبی از تخصیص نیست و شاهدش هم عبارت از این است که در جایی که نه اذنی در کار بوده است و نه اجازه ای، اتّجار صحیح است، در حالی که نه حدوثاً و نه بقاءً به مالک اعتناء نشده است و لذا با توجه به صحت چنین مواردی، وحشتی از صحت فضولی نخواهیم داشت. و

با وجود این مثال، هیمنه ی این عام می شکند و برای ما روشن می شود که این عام آبی از تخصیص نیست و مشابه هم دارد.

به احتمال قوی، مراد شیخ همین است و فقط می خواهد که جلوی استیحاش را بگیرد و اگر عموماتی در مسئله وجود دارد، نسبت به رفع ید از آنها، وحشتی وجود نداشته باشد و انسان به صورت خالی الذهن وارد بحث بشود. بنابراین به احتمال قوی، مراد شیخ همین است و نظر ایشان این بوده است که به رخ ما نکشید که قول به صحت فضولی، بر خلاف مرتکزات متشرعه و بنای عقلاست، زیرا این مسئله مشابهاتی دارد که قهراً روایات اتجاز بدون إذن ولی، یکی از مصادیق روشن آن می باشد.

وجه دوم: وجه دیگر عبارت از این است که همان طوری که بعد از تخصیص عام، اگر نسبت به تخصیص زائد شک داشته باشیم، به عام اخذ کرده و می گوییم: بیشتر از این مقدار ساقط نشده است، در اینجا هم عموماتی داریم که اتجار بدون اذن مالک را جایز نمی داند و حتماً باید نظر مالک در معامله نقش داشته باشد. حال اگر ثابت شد که یک مورد از تحت این عام و قاعده، تخصیص خورده است، ولی نسبت به تخصیص از یک قاعده ی دیگر هم شک داشته باشیم، قاعدتا باید بگوییم قاعده ی دیگر، تخصیص نخورده است. مثلا زید هم عالم است و هم هاشمی . اگر فهمیدیم که عموم «أكرم العلماء» نسبت به زید تخصیص خورده است، ولی نمی دانیم که خطاب «أكرم هاشمياً» هم وجود دارد که زید نسبت به آن هم تخصیص خورده باشد یا نه؟ ما در اینجا برای اینکه دو قاعده تخصیص نخورده باشد، می گوییم که اصلاً عام «أكرم هاشمياً» را نداریم و فقط چون زید عادل نیست، یک تخصیص در اینجا وجود دارد و قانونی به عنوان هاشمی در کار نیست تا آن هم تخصیص خورده باشد. می توانیم از این مطلب تعبیر به استیناس بکنیم. البته ممکن است بگوییم که این مطلب بالاتر از استیناس بوده و دلیل بر مسئله می باشد.

ص: ۱۸۷

قبلاً هم عرض شد که در شبهات موضوعیه بر اساس مبنای شیخ می توان طوری اجمال را تفسیر کرد که اصاله العموم حفظ شده باشد. مثلاً اگر زید مشکوک العلمیه و الجهل باشد، می توانیم برای حفظ «اکرم العلماء»، از زید نفی علمیت بکنیم.

اگر یک لفظی مجمل بود، مانند آیه ی شریفه ی (إِلاّـ أَنْ تَکُونَ تِجارَهً عَنْ تَراضٍ) (۱) و برای ما مورد تردید شد که آیا رضایت اولی نیاز است و در نتیجه فضولی باطل می باشد، یا مطلق رضایت کفایت می کند، در اینجا اگر موردی را پیدا کردیم که در زمان حدوث عقد، رضایت نبوده، ولی عقد تصحیح شده، می توانیم رفع اجمال کرده و حکم نماییم که مراد از رضایت، مطلق رضایت است، تا دچار تخصیص عام نشویم. و حتی ممکن است بر اساس مبنای شیخ، کشف مراد هم بکنیم و با حجت دانستن مثبتات امارات، این مطلب را دلیل بر مسئله بدانیم، نه اینکه فقط در حد استیناس باشد.

البته نسبت به مبنای مرحوم شیخ، همان وجه اول درست تر است، ولی ممکن است کسی مدعی این وجه دوم شده و بگوید: ما اگر مبنای مرحوم شیخ را قبول کردیم، باید صلاحیت تفسیر را هم قبول بکنیم.

البته در بعضی از موارد، حتی بر اساس مبنای مرحوم شیخ هم نمی شود چنین تفسیری انجام داد، زیرا در جایی می توانیم این تفسیر را انجام بدهیم که دوران امر بین این باشد که عام صحت فضولی را اقتضاء بکند یا بطلان فضولی را اقتضاء بکند. ما هم برای اینکه عام تخصیص نخورد، آیه ی شریفه را اینطور تفسیر می کنیم که مطلق رضایت کافی است و شاهدش هم عبارت از این است که در برخی موارد عقد با مطلق رضایت تصحیح شده است.

۱- نساء/سوره۴، آیه۲۹.

ولی گاهی اوقات، دوران امر بین صحتِ مطلق فضولی و بطلانِ مطلق آن نیست، بلکه تفصیل داده شده است و در برخی موارد، بدون اذن صحیح است و در برخی موارد هم بدون اذن صحیح نیست و خلاصه اینکه اگر تفصیلی در کار باشد، قهراً نمی شود ما اجمال را تفسیر بکنیم، زیرا ممکن است کسی بگوید: در این مورد بدون اذن صحیح است، ولی تفصیلی در مسئله وجود دارد.

بنابراین مرحوم شیخ می فرماید: اگر ما اخذ به اطلاق بکنیم - چنانکه عده ای قائل هستند - نسبت به صحت فضولی، از این روایات استیناس حاصل می شود، ولی اگر این اطلاق را تقیید به صورت اجازه نماییم، جزء مصادیق مسئله ی فضولی خواهد بود.

اختلاف مرحوم شیخ و مرحوم آخوند در تمسک به عام در صورت شک در کیفیت اراده

بین مرحوم شیخ و مرحوم آخوند این اختلاف هست که آیا عام فقط در شک در مراد حجت است یا اگر در کیفیت اراده هم شک داشته باشیم، در آنجا هم حجیت دارد؟

مرحوم آقای داماد نظریه مرحوم شیخ را می پسندید که ما از حکم، موضوع را مشخص کنیم. ایشان می فرمود: سیره علماء و محققین در باب رجال عبارت از این است که اگر امام اقتداء به شخصی را جایز بداند، از این جواز، عدالت آن شخص را کشف می کنند. در بسیاری از موارد، به عدالت روات تصریح نشده است، ولی اگر شخص مجاز به برخی امور شده باشد که بر حسب عمومات در آنها عدالت شرط است، عدالت این شخص هم کشف می گردد.

ص: ۱۸۹

ایشان این مطلب را مؤید نظریه ی مرحوم شیخ دانسته است، ولی به نظر می رسد که حق با مرحوم آخوند باشد، زیرا در این مواردی که ایشان ذکر کرده است، همه ی اشخاص مطمئن هستند که قانون راجع به زید شکسته نشده است و خصوصیتی در زید وجود ندارد که قانون برای او تخصیص خورده باشد و لذا به عام تمسک می شود، زیرا اطمینان داریم که چنین استثنائی نه سابقه ی تاریخی دارد و نه سابقه ی رجالی و بر اساس همین اطمینان، ما به عام تمسک می نماییم.

ولی در مورد بحث ما، به عکس قضیه اطمینانی وجود ندارد، و الا اگر به اصل قضیه و عکس نقیضش اطمینان وجود داشته باشد، این اطمینان حجت عقلائی می باشد، ولی بحث در این است که در اینجا نه به خود قضیه و نه به عکس آن اطمینانی وجود ندارد و هر دو ظنّی هستند. یا حتی ظنی هم نیستند، زیرا اصاله العموم متوقف بر این نیست که مسئله ظنی باشد، بلکه به نظر ما اصاله العموم اماره نیست، بلکه اصلی از اصول عقلائی است، زیرا اگر ما به عام اعتناء نکنیم و در تخصیص عام شک بکنیم، سنگ روی سنگ بند نمی شود و همه ی قوانین لغو می شود و تمام اشخاص متحیر و مردد خواهند بود. همان طور که گاهی احکام واقعیه برای حفظ نظام است، مثل بیع و اجاره و امثال آن، گاهی هم احکام ظاهریه (اعم از اماره و اصل) برای حفظ نظام می باشد. بنابراین، به احتمال قوی حجیت عام عندالشک به حساب اماره بودن نیست، بلکه اصلی از اصول است. حال بحث در این است که اگر شک ما در مراد متکلم نباشد، در موارد غیر اطمینانی می توانیم به این اصل تمسک کرده، عکس نقیض اش (مثبت) را حجت بدانیم و در جاهای دیگر از آن استفاده بکنیم؟ به عبارت دیگر آیا می شود هم خودش حجت باشد و هم عکس نقیض غیرعلمی و غیر اطمینانی اش؟ به نظر ما، وجداناً بنای عقلاء بر این مطلب قائم نیست و در این مسئله حق با مرحوم آخوند است.

پرسش: حتی در شبهات حکمیه هم این طور است؟

پاسخ: فرقی نـدارد. این ها مثبتاتی است که ما نسبت به آن اطمینانی نداریم. این قضیه حتی ظنی هم نیست و هر چند به خود عام عمل می شود، ولی اگر حکم شرعی نداشته باشیم، بنای عقلاء اخذ به لازم این عموم - که عبارت از عکس نقیض است - را صحیح نمی داند.

بنابراین اگر به اطلاق روایات اتّجار به مال یتیم اخذ بکنیم، استیناس برای صحت فضولی بوده و موجب رفع استیحاش خواهد شد، ولی اگر بخواهیم اطلاق این روایات را به صورت اجازه ی ولی تقیید کنیم، مصداق برای موضوع بحث خواهد بود. مرحوم شیخ هم می فرماید که این روایات مؤید برای صحت فضولی می شود.

البته تقیید این روایات به صورت اجازه ی ولی، هر چند بر خلاف اطلاق است، ولی مبنای مرحوم شیخ انصاری عبارت از این است که اگر قرار شد در مطلقات یا عمومات، تصرفی بکنیم، تصرف در اطلاق اهون از تصرف در عموم است، زیرا اخذ به اطلاق نیازمند مقدمات حکمت است و یکی از این مقدمات عبارت از این است که یک جهت ذاتی نه در حین تکلم و نه در حین عمل، در مقابل این اطلاق قرار نگرفته باشد. قهراً اگر عامی در مقابل این اطلاق بود، چه در زمان خطاب و چه در ظرف عمل، جلوی اطلاق را می گیرد و قهراً به عموم اخذ می کنیم.

بنابراین بر اساس مبنای مرحوم شیخ، ما اطلاق را تقیید به خصوص صورت اجازه ی ولی می کنیم و هیچ اشکالی پیدا نمی شود و فقط مرتکب یک خلاف ظاهری می شویم و ارتکاب این خلاف ظاهر، اهون از ارتکاب خلاف ظاهر دیگری است.

ص: ۱۹۱

این نظر مرحوم شیخ است، ولی در اینجا حق با مرحوم آخوند است که می فرماید : اگر از کسی استفتائی کردند، در صورتی که جواب این مسئله شقوقی دارد، باید در همان جا بیان بشود و این طور نیست که سالیان متمادی به دنبال آن شخص برود و در هنگام عمل به او بگوید که آن مطلقی که گفتم، چنین قیدی دارد! وقتی سؤال شد، باید همان جا قید بیان بشود، مگر اینکه شخص از اول در مقام بیان قیود نباشد، ولی اگر در مقام بیان بود، باید تفصیل مطلب را هم بیان بکند و قهراً عدم بیان، ظهور در اطلاق دارد. در عموم هم همین طور است و اگر یک موردی قابل تخصیص است، ولی متکلم تخصیص نزد، ظهور در اصاله العموم خواهد داشت و خلاصه اینکه هیچ کدام اولویتی بر دیگری ندارند و حتی اگر عام هم در مقام بیان مخصصات نباشد، ظهوری نخواهد داشت. مثلاً یک منبری می گوید: غیبت حرام است و در مقام این نیست که در چه مواردی جایز است و در چه مواردی جایز نیست. در اینجا چون متکلم در مقام بیان نیست، ظهوری وجود ندارد و نمی توانیم تمسک به عام بکنیم.

بنابراین هیچکدام اولویتی بر دیگری ندارد و اجمال پیدا می کند و قهراً ما نمی توانیم به روایات اتّجار غیر ولیّ تمسک کنیم.

مؤید بودن روایات اتجار غیر ولی با مال یتیم نسبت به صحت فضولی ۹۳/۰۷/۲۳

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: مؤید بودن روایات اتجار غیر ولی با مال یتیم نسبت به صحت فضولی

ص: ۱۹۲

خلاصه درس:

حضرت استاد در این جلسه به بررسی مؤید بودن روایات اتجار غیر ولی با مال یتیم، نسبت به صحت فضولی می پردازند. ایشان فرمایش مرحوم شیخ و اشکال مرحوم خوئی بر آن را ذکر نموده و سپس روایت بکر بن حبیب را مطرح می فرمایند. و سند را به جهت شیخوخیت بکر بن حبیب تصحیح نموده و در ادامه به بررسی دلالت روایت و مشکلات آن می پردازند.

بررسی روایات اتجار غیر ولیّ به مال یتیم

مرحوم شیخ روایات اتّجار غیر ولیّ به مال یتیم را به عنوان تأیید برای فضولی ذکر کرده است (۱) ، ولی آقایان اشکال کرده اند که ما باید در این روایات دو قید بزنیم تا منطبق بر فضولی بکنیم: یک قید عبارت از این است که این اتّجار را غیر ولیّ کرده است و قید دوم هم این است که ولیّ هم اجازه ای داده است.

ما عرض کردیم که مطابق مبنای مرحوم شیخ انصاری در دوران امر بین تقیید و تخصیص، اصاله العموم وارد بر اصاله الاطلاق می باشد، زیرا تمسک به اطلاق نیازمند مقدمات حکمت است و عام جلوی مقدمات حکمت را می گیرد. بعد از اینکه روایات را تقیید به اتجار غیر ولیّ و اجازه ولی کردیم، این اتجار مصداقی از مصادیق فضولی خواهد بود، منتهی اگر بخواهیم از این مصداق عموم فضولی را تصحیح کنیم، مؤید خواهد بود. این مطلبی است که مرحوم شیخ می فرمایند.

۱- كتاب المكاسب، للشيخ الأنصارى، ج ۳، ص ۳۶۰، ط الحديثه .

اشکال مرحوم خوئی بر فرمایش مرحوم شیخ

مرحوم آقای خوئی می فرمایند (۱) : فرضاً اگر ما این تقیید را زدیم، آیا با این تقیید مسئله حل می شود و این مورد طبق قاعده، مصداق فضولی و تحت قاعده ی فضولی می شود؟

ایشان می فرمایند که اشکال دیگری در مسئله هست که اگر در فضولی ولیّ امر یا مالك اجازه کرد، چه نفع حاصل بشود و چه ضرر، در هر صورت مضاربه صحیح خواهد بود و خسارتی بر گردن عامل نیست، زیرا عامل با اجازه ی ولیّ این کار را کرده است و لذا خسارتی به گردنش نمی آید، ولی روایت می فرماید: اگر ربحی شد، مال یتیم است و اگر خسرانی شد، به گردن عاملی است که این کار را کرده است. پس بنابراین، این مورد طبق قاعده نمی تواند تصحیح بشود.

بحث در این است که آنچه که ما می فهمیم، عبارت از این است که اگر ما اجازه ی فضولی را صحیح بدانیم، اجازه در حکم اذن ولیّ امر می شود و قهراً اگر بدون اذن ولیّ امر معامله ای واقع شد و ولیّ امر بعداً اجازه داد، بنا بر اینکه فضولی را صحیح بدانیم، این اجازه حکم اذن را پیدا می کند و همان گونه که ولی امر در زمان اذن می تواند طرف مقابل را نسبت به خسارت تضمین بکند و ضمان را شرط بکند، در اینجا هم می توانند با توجه به مصلحت یتیم، با تضمین طرف مقابل نسبت به جبران خسارت، با مضاربه موافقت نماید.

۱- مصباح الفقاهه (المکاسب)، الخوئی، ج ۴، ص ۶۱.

در نتیجه ما اطلاق ادله ی اتجار را به این قیود تقیید می کنیم که غیر ولیّ با اجازه ولیّ و تضمینی که در اجازه ولیّ بوده، اجازه کرده است و قهراً این عام را تخصیص نمی زنیم تا این مورد از موضوع خارج باشد و بنابراین مصداق برای فضولی خواهد بود. این فرمایش مرحوم شیخ است.

پرسش: تضمین عامل یا تضمین آمر و واسطه؟

پاسخ: فرض بر این است که شخص واسطه بوده و می خواهد با مال یتیم قرار مضاربه ای بگذارد که دیگری عامل باشد. در اینجا، هم می شود او را تضمین کرد و هم می شود عامل را تضمین کرد.

خلاصه اینکه ممکن است ما این روایت را این طور تصحیح بکنیم.

البته ما نسبت به اصل فرمایش مرحوم شیخ عرض کردیم که در دوران بین تخصیص و تقیید، بعد از اینکه اطلاق با مقدمات حکمت حین التکلم و حین الخطاب منعقد شده باشد، تخصیص و تقیید هیچ فرقی ندارند و قهراً ما نمی توانیم از این روایات به عنوان تأیید صحت فضولی استفاده بکنیم.

پرسش: مضارب را می شود تضمین کرد؟

پاسخ: اشکالی ندارد.

پرسش: آیا می شود بگوییم که در فرض ربح، اجازه می کند، ولی در فرض بطلان اجازه نمی کند؟

پاسخ: مورد روایت عبارت از این است که اگر خسران هم شد، صحیح است، منتهی او ضامن است و از روایت این طور استفاده می شود که چه ربح باشد و چه خسران، معامله صحیح است، منتهی در صورت خسران شخص ضامن است. باید ببینیم که این مسئله را چطور حل کنیم.

پرسش: آیا این که می گوید ربح مال یتیم است یعنی بخشی مال یتیم و بخشی مال مضارب است چون روایت در مورد مضاربه است؟

پاسخ: اتجار به مال یتیم که فقط مضاربه نیست. روایت مضاربه را هنوز نخوانده ایم. در اینجا بحث راجع به این است که شخص اجازه می دهد با مال یتیم اتجار بیع شود و در صورت ربح مال یتیم است و اگر هم ضرر کرد، باید جبران بکند.

روایت بکر بن حبیب

یکی از روایات اتّجار غیر ولی، روایت مضاربه است که راوی آن بکربن حبیب است. «قُلْتُ لِأَبِی جَعْفَرٍ ع رَجُلٌ دَفَعَ مَالَ یَتِیمٍ مُضَارَبَهً فَقَالَ إِنْ کَانَ رِبْحٌ فَلِلْیَتِیمِ وَ إِنْ کَانَ وَضِیعَهٌ فَالَّذِی أَعْطَی ضَامِنٌ» (۱) .

تصحیح این روایت خیلی مشکل است. البته تأیید مرحوم شیخ متوقف بر این روایت نیست و ایشان به روایت های دیگر تمسک می فرماید.

حال باید ببینیم که می توانیم این روایت را به گونه ای توجیه کنیم که مطابق قاعده در بیاید یا نه؟

این روایت می گوید: اگر شخص ربح کرد، مال یتیم است، ولی اگر خسران شد، آن کسی که اعطاء نموده و این کار را کرده است، ضامن است و باید خسارت را جبران کند.

بررسی سند روایت

«عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُغِیرَهِ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ عَنْ بَکْرِ بْنِ حَبِیبٍ». سند تا راوی خوب است، ولی راوی، بکر بن حبیب است که توثیق نشده است. البته یک راوی به نام بکر بن حبیب داریم، یک راوی هم به نام بکر بن محمد بن حبیب داریم که طبعاً اگر کسی آشنا به این گونه امور باشد، متوجه می شود که این نوع اسماء مربوط به یک شخص واحد است، مثل علی بن بابویه و علی بن حسین بن بابویه. و وسائطی که خیلی شائع است مثل محمد و حسین و حسن را اسقاط می کنند و آن قسمت از اسم، که کمتر نام برده می شود را حفظ می کنند. مثلاً به بکر بن محمد بن حبیب می گویند: بکربن حبیب. چنین مواردی طبیعی است، ولی بنده بعد از مراجعه، دریافتم که بکر بن حبیب از اصحاب حضرت باقر و حضرت صادق (علیهما السلام) است و آن بکر بن محمد بن حبیب مازنی است که حدود صد سال بعد از حضرت صادق (علیه السلام) در سال ۲۴۸ فوت کرده است و خلاصه اینکه این دو اسم مربوط به یک شخص واحد نیست. (۲)

۱- تهذیب الأحکام، الشیخ الطوسی، ج ۷، ص ۱۹۰.

۲- رجال النجاشی، النجاشی، ص ۱۱۰.

بنابراین، بکر بن حبیبی که راوی این روایت است، از اصحاب صادقین (علیهما السلام) است و توثیق هم نشده است، هر چند که راوی از او موثق است. البته باید ببینیم که آیا می شود او را به عنوان شیخ بودن توثیق بکنیم یا نه؟ شیخ بودنش کمی محل تامل است البته در چند روایتی که بکر بن حبیب نقل کرده است، منصور بن حازم از او روایت کرده است که از ثقات است و با توجه به این مطلب می توانیم بگوییم که استاد او بوده است و از نقل مکرر و متعدد او استفاده می شود که از بکر بن حبیب استفاده ی عملی نموده و شیخ بوده است. اگر این مقدار را برای اثبات شیخوخیت او کافی بدانیم ، می توانیم از این راه او را توثیق بکنیم.

پرسش: ممکن است که بکیر بن حبیب باشد و در ذکر نام او اشتباه شده باشد.

پاسخ: هر کدام باشد، توثیق نشده است و برای بکیر هم توثیق صریحی وجود ندارد و فقط ما می توانیم از راه شیخوخیت او، توثیقش بکنیم.

بررسی دلالت روایت

در روایت تعبیر می کند که اگر مضاربه ای کردند، ربحش مال یتیم است و ضررش را باید کسی که اعطاء کرده است، جبران بکند، «الذی أعطی». در اینجا خود ولیّ این کار را نکرده است و به کس دیگری داده که عامل بوده است و خلاصه اینکه عامل فردی است، معطی هم فرد دیگری است، صاحب مال هم شخص یتیم است.

ظاهر روایت «الذی أعطی» است همزه فتحه دارد، نه «الذی أُعطِیَ» که همزه رفع داشته باشد، زیرا اگر بگوییم: «الذی أُعطِیَ»، باید «الیه» را هم در تقدیر بگیریم و این خیلی خلاف ظاهر است.

پس ظاهر روایت عبارت از «الذی أعطی» بالنصب است که تقدیری در آن نیست، یعنی آن شخصی که به عامل داده است، ضامن است.

به هر حال این روایت می گوید: اگر ربح کرد، مال یتیم است و اگر ضرر حاصل شد، حال یا برعهده معطِی است یا بر عهده معطَی الیه که عامل است. که بستگی دارد اَعطی بخوانیم یا اُعطی.

اشکال: حال باید ببینیم که دلالت این روایت را چطور درست کنیم، زیرا این روایت مربوط به مطلق اتجار نیست، بلکه مربوط به مضاربه است و چه مضاربه را صحیح بدانیم و چه باطل بدانیم، نمی توانیم دلالت این روایت را تصحیح بکنیم، زیرا اگر مضاربه صحیح باشد، باید بین عامل و یتیم -که مالك است- شرکت حاصل بشود، ولی روایت می گوید: اگر ربحی حاصل شد، مال یتیم است و شرکت را نفی نموده است.

اگر هم مضاربه باطل باشد، اصلاً معامله ای واقع نشده است تا ربح به یتیم تعلق بگیرد یا مشترک باشد.

بنابراین طبق قاعده، اگر معامله را صحیح بدانیم، ربح مشترک خواهد بود و اگر هم باطل بدانیم، اصلاً ربحی در کار نخواهد بود. و این اشکال در اینجا وجود دارد.

جواب: بنابراین که بگوئیم معامله صحیح است می توانیم روایت را به گونه ای توجیه کنیم که خلاف قاعده نباشد. در روایت می فرماید: «فالربح للیتیم» و ممکن است که مراد از این حصر در «للیتیم»، حصر اضافی و در مقابل معطی باشد نه در مقابل عامل. به عبارت دیگر، این عبارت در مقام نفی سهم عامل نیست، بلکه می گوید که آن شخص معطی ضررش را متحمل می شود، ولی از نفع این معامله هیچ چیزی نصیب او نمی شود.

بنـابراین، این روایت را در مقابل عامل نگیریم، بلکه مراد این است که هر کسـی سـهم خودش را می برد، هم یتیم و هم عامل، منتهی به این شـخص هیچ ربحی تعلق نمی گیرد و قهراً اگر اینطور معنی کنیم، منافاتی با قانون ربح مشترک بین مالک و عامل نخواهد داشت و در اینجا هم این شخصی که این کار را کرده است، ضررش را باید بکشد، ولی نفعی برای او نیست.

البته این معنی خلاف ظاهر است ولی خلاف نص نیست، منتهی موجب حل مشکل ربح خواهد شد.

و اما برای حل مشکل وضیعه هم می توانیم اینطور بگوییم که یتیم پولی داشته است و ولیّ این پول را به زید داده و گفته است که با این پول کار بکن. زید هم در این معامله ضرر کرده است.

در اینجـا شـخص بـا إذن خود ولی برنـج خریـده و بعـد هم فروخته و خسارت نموده است. اصل خریـد برنـج با إذن ولی بوده، فروش آن هم بـا إذن بـوده است، منتهی اگر مـا این معـامله را به عنوان مضـاربه باطـل بـدانیم، می توانیم به عنوان بیع تصـحیح بکنیم.

تصحیح این مطلب به این صورت است که بگوییم: إذن از ایقاعات است نه از عقود و لذا مثل مضاربه نیست که نیازی به قبول داشـته باشـد و لذا اگر هم مضاربه فاسد شد، می توانیم بگوییم که با عنوان إذن، این بیع و شـرائی که واقع شده است، صـحیح می باشد. و آن ضـمان یا تضـمین نسبت به خسارت هم صحیح است و بنابراین روایت می گوید: در فرض ضرر، مضاربه باطل است، ولی بیع صـحیح است، منتهی شـخص بایـد ضـرر را جبران بکنـد، چون خود این شـخص معطی منشأ چنین ضـرری شده است.

ص: ۱۹۹

پرسش: آیا تضمین در ضمن مضاربه نبوده و حال این که مضاربه باطل است؟

پاسخ: اصلاً احتیاجی به شرط کردن ندارد و اتلاف مال دیگری است.

یک مطلبی که می خواستم عرض کنم، عبارت از این است که اگر ید عادیه نباشد، بلکه ید امانی باشد و تلفی حاصل شود، شخص ذوالید ضامن نیست. این قاعده کلی است و راجع به تلف، امین معذور است و ضمانی وجود ندارد، ولی اگر شخص منشأ تلف شده باشد، ضمان اتلاف وجود خواهد داشت و لو اینکه ید شخص، ید عادیه نباشد و ید امانی باشد.

مثلاً قصد طبیب این است که شخص را معالجه کند، منتهی گاهی اشتباه می کند و لذا اگر اخذ برائت نکرده باشد، ضامن است. در اینجا با اینکه طبیب امین است و خائن نیست، ولی ضامن است.

بنابراین فرق بین ید عادیه و ید امانی در ضمان تلف است، ولی نسبت به ضمان اتلاف هیچ فرقی بین این دو وجود ندارد.

طرف مقابل نمی دانسته که این شخص فضولی است و مال دیگری را برای مضاربه داده است و تصور می کرده است که این مال خود اوست و ضمان هم از همین بابت است.

خلاصه اینکه، با این بیان می توانیم دلالت این روایت را تصحیح بکنیم.

تعارض بین برخی از روایات اتجار مال یتیم ۹۳/۰۷/۲۶

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: تعارض بین برخی از روایات اتجار مال یتیم

خلاصه درس:

حضرت استاد در این جلسه به روایات اتجار مال یتیم و حل مشکل تعارض بین برخی از این روایات می پردازند. ایشان ابتداء روایت سعید سمان و سپس روایت ابی الربیع را بیان می فرمایند که ظاهراً متعارض با یکدیگرند و سپس وجوه مختلف در جمع بین این دو روایت را مورد اشاره قرار می دهند. یکی از این وجوه جمع، وجهی است که مرحوم شیخ طوسی بیان فرموده است و حضرت استاد آن را بعید می دانند و به شکل دیگری جمع می نمایند .

ص: ۲۰۰

تعارض بین روایات اتجار با مال یتیم

راجع به تجارت با مال یتیم، روایاتی وارد شده است که ظاهرشان خیلی متنافی و متعارض با یکدیگر است و باید ببینیم که چطور می شود بین اینها جمع کرد.

روایت سعید سمان

یکی از این روایات، روایت سعید سمّان است که این طور وارد شده است: «وَ عَنْهُ عَنْ أَبِیهِ عَنْ إِسْمَاعِیلَ بْنِ مَرَّارٍ عَنْ یُونُسَ عَنْ سَعِیدٍ السَّمَّانِ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام یَقُولُ لَیْسَ فِی مَالِ الْیَتِیمِ زَکَاةٌ إِلَّا أَنْ یُتَّجَرَ بِهِ- فَإِنِ اتُّجِرَ بِهِ فَالرِّبْحُ لِلْیَتِیمِ- وَ إِنْ وُضِعَ فَعَلَی الَّذِی یَتَّجِرُ بِهِ». این روایت دلالت بر این مطلب می کند که اگر اتجاری به مال یتیم شد، زکات دارد، منتهی ربح این تجارت مال یتیم است و اگر هم خسرانی واقع شد، بر عهده ی کسی است که با این مال تجارت کرده است. شاید ظاهر ابتدایی این روایت عبارت از این باشد که ولیّ یتیم زکات را - چه مستحب باشد و چه واجب - از مال او اخراج کند. اگر هم ربحی حاصل شد، مال یتیم است و اگر خسارتی پیش آمد، بر گردن همان ولیّی است که این اتجار را انجام داده است.

روایت ابی الربیع

در مقابل این روایت، روایت دیگری است که یکی از ولات نسبت به اطفال صغار و یتیم، وصی پدر یا جدّ است . در روایت ابی الربیع اینطور وارد شده است: «وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِیِّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَحْمَدَ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ خَالِدِ بْنِ جَرِیرٍ عَنْ أَبِی الرَّبِیعِ قَالَ: سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع عَنِ الرَّجُلِ یَکُونُ فِی یَدَیْهِ- مَالٌ لِأَخٍ لَهُ یَتِیمٍ وَ هُوَ وَصِیُّهُ- أَ یَصْلُحُ لَهُ أَنْ یَعْمَلَ بِهِ قَالَ نَعَمْ- کَمَا یَعْمَلُ بِمَالِ غَیْرِهِ وَ الرِّبْحُ بَیْنَهُمَا- قَالَ قُلْتُ: فَهَلْ عَلَیْهِ ضَمَانٌ- قَالَ لَا إِذَا کَانَ نَاظِراً لَهُ» (۱) . در نسخه ی چاپی این طور است: «نَعَمْ یَعْمَلُ بِهِ کَمَا یَعْمَلُ بِمَالِ غَیْرِهِ»، ولی این تعبیر در نسخه های معتبر نیست، هر چند فرقی بین دو تعبیر وجود ندارد و مفاد هر دو یکی است.

ص: ۲۰۱

۱- تهذیب الأحکام، الشیخ الطوسی، ج ۴، ص۲۸.

جمع بین دو روایت

در روایت قبلی در صورت خسران، ضمان را بر گردن ولی اثبات کرده است، بر خلاف اینجا که این طور نیست. در این روایت، ربح را بینهما تعبیر کرده است، ولی در روایت قبلی می فرماید: «الربح للیتیم». حال باید ببینیم که چطور می شود بین این روایات جمع کرد. فرموده اند که عبارت «إِذَا كَانَ نَاظِراً لَهُ» باید طوری معنی شود که بتوانیم بین روایات جمع کنیم.

دو احتمال در عبارت «إِذَا كَانَ نَاظِراً لَهُ»

احتمال اول:

احتمال اول این است که شخص سؤال می کند: ضمان دارد یا نه؟ حضرت هم می فرمایند: نه، ضمان ندارد، زیرا وقتی که این شخص وصیّ است، خودبه خود این کار را نکرده، بلکه بالولایه این اتجار را انجام داده است و لذا ضمانی در کار نیست. بنابراین، این احتمال هست که این فرمایش حضرت مانند جواب استفتائات باشد که وقتی سؤالی می کنند، جواب داده می شود که در فرض سؤال، حکم مسئله چنین است. در اینجا روایت نمی خواهد سؤال را دو قسمت بکند، بلکه می گوید: در فرض سؤال ضمانی نیست، البته اگر افراد عادی این کار را کرده بودند، ضامن بودند، ولی چون این شخص وصیّ است، ضمانی در کار نیست. طبق این احتمال، یک نحوه تهافتی بین این روایت و روایت قبلی وجود خواهد داشت.

پرسش: در روایت اسمی از ولیّ برده نشده است؟

پاسخ: اسمی از ولیّ نبرده است، ولی ظاهر و فرد متعارف عبارت از ولیّ است، زیرا در روایت می گوید: اگر تجارت کرد، باید زکات اخراج بشود، ولی بدون تجارت لازم نیست این کار را بکند. اینها از وظائف و تکالیف ولی است و فرد ظاهر از روایت، ولیّ است.

ص: ۲۰۲

خلاصه اینکه طبق این احتمال اول، بین دو روایت تهافتی وجود خواهد داشت، ولی می توانیم یک معنای دیگری برای عبارت «إِذَا کَانَ نَاظِراً لَهُ» بیان کنیم که طبق آن می شود بین این دو روایت جمع کنیم.

احتمال دوم:

احتمال دوم عبارت از این است که شخص را به عنوان مضاربه وصیّ قرار داده اند و وصیّت شده است که این شخص با این مال مضاربه بکند. مراد از تعبیر به «إِذَا کَانَ» عبارت از این است که این عامل، ناظر برای همین عملی است که انجام می دهد. در اینجا که وصیت به مضاربه شده است، مضاربه اش صحیح است و ربح بینهما می باشد و اگر هم خسارتی حاصل شد، ضمانی در کار نیست. دو تا روایت دیگر هم هست که خصوص وصیت به مضاربه را عنوان کرده است: یکی روایت خالد بن بکیر طویل (۱) و دیگری، روایت محمد بن مسلم (۲) که موضوع هر دو مضاربه است.

در این روایات، مُوصی (پدر) وصیت به مضاربه کرده و گفته است: بعد از وفات من، این کار را انجام بده و مثلاً نصف سود سهم تو باشد، نصف سود هم سهم فرزند من باشد.

حضرت هم در این روایت این وصیت به مضاربه را امضاء کرده و می فرماید: «الربح بینهما» و ضمانی هم نسبت به خسارت در کار نیست، مانند سایر موارد متعارف دیگری که واقع می شود.

به نظر می رسد که این جمع، خیلی مستبعد باشد، زیرا طبق این احتمال اگر ولیّ وصیت به مضاربه بکند، عمل وصی صحیح است، اما در صورتی که خود ولیّ مضاربه بکند، چنین خصوصیتی در عمل او نیست! این خیلی بعید است که ما بین اتجار خود ولیّ با اتجار وصی فرق بگذاریم.

۱- الکافی، الشیخ الکلینی، ج ۷، ص۶۲، ط الإسلامیه.

۲- الکافی، الشیخ الکلینی، ج ۷، ص۶۲، ط الإسلامیه.

پرسش: یعنی هم بچه یتیم است و هم ولیّ دارد؟!

پاسخ: مورد روایت راجع به این است که ولیّ به کسی وصیت کرده است که این کار را بکند و این وصیت هم نافذ است و لذا مشترک در ربح و وضیعه هستند. اما طبق روایت قبلی خود ولیّ (پدر) اگر این کار را انجام بدهد، ضامن است! و ربح هم مال یتیم است. روایت اولی فوقش بگوئیم بالاطلاق ولی آیا این احتمال هست که خود ولی اگر بخواهد مضاربه کند صحیح است ولی بیع کند حق ندارد، اگر برای خود سهم قرار دهد درست است ولی اگر برای خود سهم قرار ندهد ضامن است این تفکیک خیلی مستبعد به نظر می آید. و اینکه حضرت گفته ربح تقسیم می شود. بعد سوال شده وضیعه چطور؟ حضرت می گوید: نه ؛ این "نه" وقتی گفته می شود که مورد انصرافی سوال، فردی باشد که نفی شده است اما اگر اصلا در سوال فرض مضاربه نکرده باشد بعد حضرت جواب دهد "نه اگر مضاربه باشد". اگر حضرت این گونه بخواهد جواب بدهد باید از اول دو قسمت بکند. بنابراین ظهور روشن این جمله در این است که تقیید نیست و نمی خواهد تفصیل بیان کند.

وجه جمع برای «الربح بینهما»

راجع به این تعبیر هم می فرمایند که «الربح بینهما» با تعبیر به «الربح للیتیم» منافاتی ندارد و بر اساس قواعد مضاربه این تعبیر را هم می شود به کار برد.

روایت بکر بن حبیب را هم ابتداء خیلی مشکل می دانستند، ولی این روایت را هم به همین معنی حمل می کنند. و می گویند ظاهر روایت بکربن حبیب این است که هر کس سهم خودش را بر اساس قرار مضاربه ای که هست، بر می دارد.

ص: ۲۰۴

البته در اینکه ظهور «الربح للیتیم» عبارت از این است که کل ربح مال یتیم است، حرفی نیست، منتهی ما در آنجا چون در مقابل وضیعه ای که برای آن معطی قائل بودیم، می گفتیم جمعاً بین الادله حصر اضافی است در مقابل آن وضیعه ای که بر گردنش است. ولی در اینجا که وضیعه بر عامل است، اگر "الربح للیتیم و الوضیعه علی العامل" را حمل کنیم بر این معنا که "الربح بینهما والوضیعه علی العامل"، این جمع خیلی بعید به نظر می رسد، زیرا اگر مثلاً- تعبیر شود که این خانه «لزیدٍ» بر خلاف ظاهر است که بگوییم: زید از این خانه سهم می برد، بلکه ظهور این تعبیر با توجه به لام اختصاص، در این است که این خانه مشترک نیست و کل آن، مال زید است. این لام، لام اختصاص است و مفهوم دارد و قهراً ملکیت دیگری را نفی می کند.

جمع مرحوم شیخ طوسی بین دو روایت

ایشان می فرمایند (۱) : آنجا که «الربح بینهما» گفته است، مربوط به جایی است که شخص نظر اصلاحی نسبت به یتیم داشته و صلاح دانسته است که این کار را برای یتیم بکند تا مال یتیم محفوظ بماند، که در این صورت مضاربه صحیح است و مطابق قانون مضاربه، ربح بینهماست و وضیعه هم متوجه بر مال است.

اما در جایی که این طور نیست و شخص بدون داشتن نظر اصلاحی این کار را کرده است، مضاربه صحیح نیست و اگر ربحی شد، متعلق به خود یتیم و وضیعه هم بر گردن کسی است که این کار را انجام داده است.

ص: ۲۰۵

۱- تهذیب الأحکام، الشیخ الطوسی، ج ۴، ص۲۹.

اینها جمع هایی است که بین این دو روایت شده است که خیلی مشکل به نظر می آید.

جمع حضرت استاد بین دو روایت

اگر در روایت قبلی حکم به ضمان شده و ربح هم برای یتیم است، به این جهت است که ولیّ برای خودش تجارت می کند و پول یتیم را به صورت قرض بر می دارد. در روایت های دیگر هم وارد شده است که اگر کسی این کار را بکند، کل ربح مال صغیر است و اگر هم خسارتی پیدا شد، بر گردن کسی است که این کار را انجام داده است و هر وقت که پولی به دست آورد، باید این خسارت را اداء بکند. بنابراین، ممکن است این روایت اتجار به مال یتیم را حمل به صورتی کنیم که ولیّ برای خودش تجارت می کند و خودش هم مالی ندارد که این مطلب در سایر روایات هم وارد شده است و لذا می فرماید: «الربح لليتيم والوضيعه على العامل».

پرسش: یدش امانی نمی شود؟

پاسخ: بله، مال یتیم را به صورت قرض بر می دارد که نباید این کار را بکند .

بررسی روایت «ابن اشیم» ۹۳/۰۷/۲۷

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: بررسی روایت «ابن اشیم»

یکی از روایاتی که شیخ به عنوان تأیید ذکر کرده است، روایت ابن اشیم است که در کافی (۱) نقل شده است. در جلد هفتم و هشتم و نهم تهذیب (۲) هم به سه طریق این روایت نقل شده است که یکی از این سه طریق بدون واسطه از کتاب حسن بن محبوب نقل شده و دو طریق دیگر با واسطه از کتاب حسن بن محبوب نقل شده است.

ص: ۲۰۶

۱- الكافي، كلينى، ج۱۳، ص۴۸۲.
۲- تهذيب الأحكام، شيخ طوسى، ج ۸، ص۲۴۹.

بررسی سند روایت ابن اشیم

«مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ»، که همان ابن عیسی است، «عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ صَالِحِ بْنِ رَزِينٍ عَنِ ابْنِ أَشْيَمَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (علیه السلام)» در بعضی نسخ به جای حسن بن محبوب، «عن علی بن الحکم» وارد شده است که اشتباه است و در حاشیه هم به نادرستی آن اشاره گردیده است.

بحثی که در طریق این روایت مطرح است، نسبت به راویانی است که بعد از حسن بن محبوب قرار دارند.

راجع به صالح بن رزین توثیق صریحی در کتب وجود ندارد، ولی طبق مبنای مشهور، اگر روایت به حسن بن محبوب برسد، دیگر ما نسبت به ما بعد آن نباید کاری داشته باشیم. در بحث اصحاب اجماع بیان شده است که برای اثبات صحت روایت، نیازی به توثیق روات بعدی نداریم.

البته ما این مبنی را قبول نداریم، منتهی با توجه به این که کتاب صالح بن رزین را حسن بن محبوب نقل می کند، استفاده می شود که شیخ حسن بن محبوب بوده است و ما در غیر موارد استثناء شده مانند برقی و پدرش که «یروی عن الضعفاء و یعتمد المراسیل»، شیوخ اجازه و روایت و امثال آن را توثیق می کنیم.

و اما نسبت به «ابن اشیم» باید عرض کنیم که در ابتداء ما خیال می کردیم که دو نفر به این نام هستند، یا «ابن اشیم» یک نفر است که دو اسم بر او اطلاق شده است: «احمد بن اشیم» یا «علی بن احمد بن اشیم». خلاصه این که این مطلب مورد تردید بود و با توجه به این که هر دو در یک طبقه هستند، از نظر راوی و مروی عنه، این احتمال را می دادیم که تصحیفی واقع شده باشد. و ما در ابتداء این احتمال را می دادیم که «ابن اشیم» یکی از این دو باشد، ولی بعداً متوجه شدیم که این طور نیست و این «ابن اشیم» از اصحاب ابی جعفر (علیه السلام) است و مراد از ابی جعفر هم امام باقر (علیه السلام) است نه ابی جعفر ثانی که حضرت جواد (علیه السلام) باشد، زیرا صالح بن رزین از ابن اشیم نقل می کند که صالح بن رزین از اصحاب حضرت صادق (علیه السلام) است و بعضی از اصحاب حضرت صادق (علیه السلام) مثل منصور بن یونس از این صالح بن رزین، روایت می کنند. و نمی شود که شیخ صالح بن رزین از اصحاب امام جواد علیه السلام باشد. قهراً «ابن اشیم» در طبقه ی اصحاب امام جواد (علیه السلام) نخواهد بود، بلکه مراد از ابی جعفر، ابی جعفر اول است که همان امام باقر (علیه السلام) می باشد.

در حالی که «علی بن احمد بن اشـیم» یا «احمد بن اشیم» هر دو از اصحاب حضرت رضا (علیه السلام) هستند و راوی از آن ها هم «احمد بن محمد بن خالد» یا «احمد بن محمد بن عیسی» است.

برقی در سال ۲۷۰ یا ۲۸۰ وفات کرده است، «احمد بن محمد بن عیسـی» هم یا معاصـر با برقی بوده و یا بعد از او بوده است و چنین کسی نمی تواند از کسی که جزء اصحاب حضرت ابی جعفر باقر (علیه السلام) است، روایت بکند.

علی ایّ تقدیر ما صالح بن رزین را با توجه به این که شیخ حسن بن محبوب است، توثیق کردیم، ولی نسبت به «علی بن احمد بن اشیم» یا «احمد بن اشیم» یا «ابن اشیم» هر کدام باشد، توثیقی پیدا نکردیم.

بررسی متن روایت

«ابْنِ أَشْـیَمَ عَنْ أَبِی جَعْفَرٍ (علیه السـلام) فِی عَبْـدٍ لِقَوْمٍ مَأْذُونٍ لَهُ فِی التِّجَارَهِ»، روایت راجع به یک عبدی است که متعلق به یک قومی است. از ذیل روایت اسـتفاده می شود که چنـد نفر در این عبد شـریک بوده اند و اجازه ی تجارت به او داده شده است. «مَـأْذُونٍ لَهُ فِی التِّجَارَهِ دَفَعَ إِلَیْهِ رَجُلٌ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَقَالَ لَهُ اشْتَرِ مِنْهَا نَسَـمَهً»، یک مردی هزار درهم به این عبـد داده و گفته است: یـک مملوک بخر، «وَ أَعْتِقْهَـا عَنِّی»، و از طرف من او را آزاد کن، «وَ حُـجَّ عَنِّی بِالْبَـاقِی»، بـا بقیه اش هم از طرف من یک حج انجام بـده «ثُمَّ مَاتَ صَاحِبُ الْأَلْفِ دِرْهَمٍ فَانْطَلَقَ الْعَبْدُ فَاشْتَرَی أَبَاهُ فَأَعْتَقَهُ عَنِ الْمَیِّتِ»، سـپس صاحب هزار دهم مرده است و این عبـد هم پـدر خودش را خریـده و طبق دسـتور آن شـخص، به نیابت از او آزاد می کند، «وَ دَفَعَ إِلَیْهِ الْبَاقِیَ فِی الْحَجِّ عَنِ الْمَیِّتِ فَحَجَّ عَنْهُ»، بقیه ی پول را هم به پدرش داده است تا از طرف میت حجی بجا بیاورد، او هم حج را بجا آورده است.

البته باید به این نکته توجه داشته باشیم که آن شخص گفته بود: خودت با باقی پول از جانب من حج بجا بیاورد، ولی او باقی پول را به پدرش داده است تا او حج را انجام بدهد! از آخر روایت هم استفاده می شود که حجش صحیح است. آقایان در باب استیجار می گویند که اگر شخصی را برای کاری اجیر کردند، در صورت نبود قرینه، میزان مباشرت خود اجیر است و تسبیب و وادار کردن شخص دیگر برای انجام کار، درست نیست. البته گاهی قرینه داریم که نظر مستأجر اوسع از این است که اجیر یا شخص دیگری کار را انجام بدهد، که در این صورت اگر کس دیگری بهتر از اجیر کار را انجام می دهد و جامع جهات است، می شود کار را به او سپرد. مثلاً گاهی خود شخص در انجام حج تخصصی ندارد و کس دیگری هست که متخصص در حج است و همه ی خصوصیات آن را می داند. در این صورت، یقیناً مستأجر راضی به این است که آن شخص متخصص، حج را بجا بیاورد و در این صورت که قرینه است اشکالی وجود ندارد. در روایت است که کسی را اجیر کرده اند که حج افراد به جا بیاورد ولی او حج تمتع به جا می آورد، حضرت می فرمایند: اشکالی ندارد. «عَنْ أَبِی بَصِیرٍ: عَنْ أَحَدِهِمَا علیهما السلام فِی رَجُلٍ أَعْطَی رَجُلًا دَرَاهِمَ یَحُجُّ بِهَا عَنْهُ حَجَّةً مُفْرَدَةً: أَ یَجُوزُ لَهُ أَنْ یَتَمَتَّعَ بِالْعُمْرَهِ إِلَی الْحَجِّ؟ فَقَالَ: «نَعَمْ، إِنَّمَا خَالَفَهُ إِلَی الْفَضْلِ». بهتر را انجام داده است و شخص راضی است که در نامه اعمال او عمل بهتر نوشته شود. در مورد روایت مورد بحث هم این عبد دیده که پدرش خیلی بیشتر از او به مسائل حج واقف است و بهتر می تواند حج را بجا بیاورد، و لذا او را انتخاب کرده است و از این ناحیه اشکالی نیست.

ص: ۲۰۹

«فَحَجَّ عَنْهُ فَبَلَغَ ذَلِکَ مَوَالِیَ أَبِیهِ وَ مَوَالِیَهُ وَ وَرَثَهَ الْمَیِّتِ» پـدر این عبـد مملوک بوده است و به حسب معمول نسـخه ها، تعبیر به موالی شده است که ملکیت او مشترک بین مالک های متعدد بوده است. البته در بعضی از نسخ هم تعبیر به «مولی» شده است.

خلاصه اینکه، موالی پدرش یا موالی خودش چون عبد قوم بوده است و ورثه ی میت، مطلع می شوند. ظاهراً این میت از موالی عبـد نیست، بلکه شـخص خـارجی است که پول را داده و گفته است که بنـده ای را آزاد کرده و بـا باقی پول حـج بجا آورده شود. اکنون ورثه ی میت اطلاع پیـدا کرده انـد که چنین جریانی واقع شده است و بین این سه گروه در ملکیت این هزار درهم اختلاـف واقع شـده است، «فَاخْتَصَمُوا جَمِیعاً فِی الْأَلْفِ دِرْهَم»، اینهـا اختلاف دارنـد که این هزار درهم ملک چه کسـی بوده است؟ «فَقَالَ مَوَالِی الْمُعْتَقِ إِنَّمَا اشْتَرَیْتَ أَبَاکَ بِمَالِنَا» موالی عبـد آزاد شـده به عبـد قوم می گوینـد که پول خود ما را به ما داده ای و با هزار درهم خودمان پدرت را از ما خریده ای. قهراً در این صورت عقد باطل است. «وَ قَالَ الْوَرَثَهُ اشْتَرَیْتَ أَبَاکَ بِمَالِنَا»، ورثه می گوینـد که تو وکیل پـدر ما بودی و بعـد از مردن او، مال منتقل به ما شـده است و چون قبلاً عملی انجام نشـده است، وکالت باطل است و این مال متعلق به ماست و تو با مال ما، پـدرت را خریـده ای. «وَ قَالَ مَوَالِی الْعَبْدِ إِنَّمَا اشْتَرَیْتَ أَبَاکَ بِمَالِنَا» قومی هم که موالی عبد هستند، می گویند که پدرت را با مال ما خریده ای!

ص: ۲۱۰

از ذیل روایت استفاده می شود که احتمال وصیت در مال میت وجود ندارد که از هیچ کدام از آن سه دسته نباشد و کسی هم مدعی چنین چیزی نیست، حتی عبدی هم که پدرش را خریده است، چنین ادعایی ندارد که وصی از جانب میت باشد.

به هر حال، هر سه گروه راجع به بطلان عتق مشترکند، منتهی موالی عبد آزاد شده می گویند که این عبد از ملك ما خارج نشده است، ولی دو گروه دیگر با توجه به عدم اجازه ی عتق، آن را باطل می دانند.

«فَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ (علیه السلام) أَمَّا الْحَجَّةُ فَقَدْ مَضَتْ بِمَا فِيهَا لَا تُرَدُّ»، حضرت می فرماید: اما حج، با آن اختلافی که در آن شده است، گذشته و صحیح است. «وَ أَمَّا الْمُعْتَقُ فَهُوَ رَدٌّ فِي الرِّقِّ لِمَوَالِي أَبِيهِ وَ أَيُّ الْفَرِيقَيْنِ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْعَبْدَ اشْتَرَى أَبَاهُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ كَانَ لَهُمْ رِقّاً»، و اما راجع به خروج عبد از ملك مالك اصلی، اقتضاء استصحاب این است که از ملك او خارج نشده باشد و این عبد فعلاً رقّ مالك اولی است و اگر دیگران ادعایی دارند، باید اثبات بکنند.

استدلال به روایت ابن اشیم برای صحت فضولی ۹۳/۰۷/۲۸

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: استدلال به روایت ابن اشیم برای صحت فضولی

خلاصه درس:

استاد در این جلسه در ادامه ی بحث جلسه ی گذشته به بررسی سند روایت «ابن اشیم» پرداخته و سپس دو اشکال مهم بر دلالت این روایت و جواب آن ها را مطرح می فرمایند. (جواب میرزای نائینی بر اشکال دوم و معیار در تشخیص رکن)

ص: ۲۱۱

ایشان سپس فرمایش مرحوم امام خمینی (قدس سره) و مرحوم خویی (رحمه الله) را راجع به اشتراط جریان اصاله الصحه به احراز رکن معامله بیان نموده و سپس نظر خود را راجع به این مسئله مورد اشاره قرار می دهند.

در آخر بحث هم استدلال شیخ به این روایت و مناقشه در استدلال ایشان مطرح گردیده و بحث ادله ی صحت فضولی به پایان می رسد.

مراد از «ابن اشیم»

به ظن قویّ، مراد از «ابن اشیم» در روایتی که دیروز بیان کردیم، موسی بن اشیم است که از اصحاب حضرت باقر و حضرت صادق (سلام الله علیهما) است و با توجه به این که از اصحاب ابوالخطاب است، ضعیف می باشد.

یکی از کسانی که همراه ابوالخطاب کشته شد، همین موسی بن اشیم می باشد و در روایت وارد شده است که گاهی این شخص خدمت حضرت صادق (سلام الله علیه) می رسیده و سؤالی از ایشان می پرسیده و هنگامی که به نزد ابوالخطاب رفته و

او هم برخلاف فرمایش حضرت جواب ابن اشیم را می داده، حرف حضرت را کنار گذاشته و جواب ابوالخطاب را قبول می کرده است!

خلاصه این که شخص ناجوری بوده است، ولی اگر طبق مبنای مشهور روایت حسن بن محبوب را تصحیح کنیم و بودن اصحاب اجماع در سند روایت را کافی بدانیم، در عین ضعیف بودن ابن اشیم، این روایت مورد قبول خواهد بود. ولی اگر مبنای مشهور را نپذیریم، این روایت از جهت سند به جهت ضعف ابن اشیم، محل مناقشه خواهد بود.

اشکالات مربوط به دلالت روایت «ابن اشیم»

راجع به دلالت این روایت، اشکالاتی وارد شده است که در بین این اشکالات، دو اشکال مهم وجود دارد.

اشکال اول

اشکال اول عبارت از این است که چطور حضرت فرموده است: «الحجه مضت بما فیها»، یعنی حج صحیح هست، در حالی که همه ی این افرادی که با هم اختلاف دارند، در این جهت مشترک اند که این عبد آزاد نشده است و در رقیت باقی است؟!

البته در این مطلب اختلاف وجود دارد که آیا در رقیت مالک اصلی باقی مانده است، یا به دو نفر دیگر منتقل شده است.

جواب این اشکال را ما دیروز بیان کردیم.

اشکال دوم

اشکال دیگر عبارت از این است که حضرت می فرماید: آزاد شدن این عبد صحیح نیست و این عبد در ملک مولای اصلی خود باقی است و اگر دیگران ادعایی دارند، باید بینه اقامه کنند. در این جا این اشکال مطرح می شود که هر چند اقتضای استصحاب عدم انتقال این عبد از ملک مالک اصلی است، ولی اصاله الصحه راجع به افعال و اقوال، مقدم بر استصحاب است و باید با اصاله الصحه جانب صحت را ترجیح بدهیم نه جانب بطلان را.

اشکال دوم عبارت از این است که چرا در این روایت به صورت بتّی حکم به بطلان شده است و اگر دیگران ادعایی بر ملکیت این عبد دارند، باید بینه اقامه کنند؟!

جواب مرحوم میرزای نائینی به اشکال دوم

آقای نائینی در جواب این اشکال می فرمایند که یکی از شرایط جریان اصاله الصحه و تقدم آن بر استصحاب عبارت از این است که رکن معامله احراز شده باشد و در بعضی از خصوصیاتِ غیر رکنی شک داشته باشیم که در این گونه موارد، با اصاله الصحه حکم به صحت معامله کرده و آن را تصحیح می کنیم.

در اینجا که مالک اصلی می گوید: پول من را تحویل داده و این عبد را خریده است، اصلاً رکن معامله احراز نشده است و لذا چون رکن معامله احراز نشده است، شبهه ی مصداقی برای اصل صحت خواهد بود و قهراً اصالهالصحه جاری نخواهد بود.

معیار در تشخیص رکن

ایشان این جواب را بیان نموده است، ولی هیچ اشاره ای به این مطلب نکرده است که معیار در رکن بودن چیست؟

رکن در باب صلاه به این معنی است که در مبطل بودنش بین عمد و غیر عمد فرقی وجود نداشته باشد. چنین اجزائی رکن صلاه به حساب می آیند.

در باب حج هم رکن به واجباتی اطلاق می شود که هم تکلیفاً واجب هستند و هم وضعاً دخالت در صحت حج دارند، ولی غیر رکن مواردی است که وجوب تکلیفی دارد، ولی وجوب وضعی ندارد.

در عروه هم مرحوم سید راجع به عقدی که حرمت ابد می آورد، قائل به تفصیل شده و می فرماید: اگر رکن عقد بجا آورده شده باشد، حرمت ابد می آورد، ولی اگر عقد فاقد رکن باشد، حرمت ابد نمی آورد. ظاهراً مراد از رکن هم عبارت از این است که صحت عرفیه داشته باشد، منتهی فاقد صحت شرعیه باشد. یعنی عرف این عقد را صحیح می داند و لذا واجد رکن است، ولی فاقد صحت شرعیه است.

خلاصه این که تفسیرات مختلفی برای رکن وجود دارد و این که ایشان جریان اصاله الصحه را مشروط به احراز رکن می کند، باید ببینیم که مقصود از رکن در فرمایش ایشان چیست؟ و همچنین دلیل ایشان بر اشتراط جریان اصاله الصحه به احراز رکن چیست؟

آقای خوئی جواب میرزای نائینی را بیان کرده است، ولی آن را نپذیرفته و به هیچ بحث دیگری هم اشاره نمی فرمایند.

اشتراط جریان اصاله الصحه در بیان مرحوم خمینی و خوئی (رحمهما الله)

وجهی که هر دو علمین مرحوم آقای خمینی و مرحوم آقای خوئی(رحمهما الله) ذکر می کنند، عبارت از این است که برای جریان اصاله الصحه باید اصل معاوضه مسلم باشد و شک در صحت و عدم صحت آن داشته باشیم، ولی اگر دوران امر بین ثبوت و عدم ثبوت معاوضه باشد، اصاله الصحه جاری نخواهد بود.

ایشان می فرمایند که اگر یک مالی را به مالک اصلی تحویل بدهند و مال دیگری را از او بگیرند، اصل معاوضه برای ما مفقود و مشکوک است، نه این که معاوضه واقع شده و ما شک در صحت آن داشته باشیم.

بنابراین، در اینجا اصاله الصحه جاری نیست و قهراً وقتی دلیل حاکم کنار رفت، استصحاب عدم انتقال جاری می شود، همان طور که در روایت هم به آن اشاره شده است.

پرسش: آیا این طور نیست که شخص وکالتی داشته است و به صرف موت مُوکِّل، وکالت از بین رفته است؟

پاسخ: در این جا هیچ وکالتی به شخص داده نشده است و شخص می گوید که پول مرا به من تحویل دادی و عبد را از من گرفتی. وکالت مربوط به آن شخصی است که به عبد مأذون پول داده و گفته که عبدی را بخر و از جانب من آزاد کن و با بقیه ی پول هم حج بجا بیاور.

ص: ۲۱۵

بنابراین اصاله الصحه در این جا جاری نیست.

نظر استاد راجع به جریان اصاله الصحه در مورد روایت

البته اولاً مفروض روایت این است که شخص از ابتداء نمی دانسته است که این مال، متعلق به خود اوست و مخاصمه بعداً واقع شده است و قبلاً همین شخص قصد معاوضه داشته است و این طور نیست که بگوییم: اصل ثبوت و عدم ثبوت معاوضه مشکوک است، بلکه قصد معاوضه بوده است و بحث در صحت و فساد آن خواهد بود.

ثانیاً هم اگر حتی علم به این مطلب هم داشته باشد، در بسیاری از موارد، شخص غاصب اموال دیگران را غصب می کند و حتی به خود آن ها می فروشد و قصد معاوضه هم می کند. کما این که رضاخان خیلی از املاک مازندرانی ها را غصب کرده بود و خودش را مالک این املاک به حساب می آورد و چه بسا محصولات این املاک را به صاحبان اصلی آن ها می فروخت!

در این گونه موارد، غاصب ادعاءً قصد تملک کرده و بعد هم حتی به خود مغصوب منه می فروشد و در باب معاوضات هم شیخ این بحث را کرده است که همین مقدار قصد معاوضه کفایت می کند و بعداً هم در باب فضولی این بحث خواهد آمد.

بنابراین، از این ناحیه اشکالی وارد نخواهد بود، ولی از این جهت اشکال وجود خواهد داشت که اگر یکی از متخاصمین در مقابل ادعای مالک اصلی بود و مثلاً زید مدعی فساد و عمرو مدعی صحت بود، می توانستیم با تمسک به اصاله الصحه بگوییم که عقد صحیح است و اصل عدم انتقال را جاری نمی کردیم، ولی در اینجا دو نفر مدعی در مقابل مالک اصلی قرار دارد و اگر بخواهیم اصاله الصحه هر کدام را مقدم کنیم، ترجیح بلامرجح خواهد بود و قهراً اصاله الصحه از این جهت جاری نمی شود.

ص: ۲۱۶

البته ممکن است کسی بگوید: همان طور که در امارات، بحث نفی ثالث مطرح است، در این جا هم می توانیم بگوییم که هر چند نمی توانیم تعیین کنیم که حق با کدام یک از این دو نفر است و کدام شان مالک این عبد هستند، ولی نسبت به این که این عبد از ملکیت شخص ثالث منتقل شده است، اصل صحت جاری است. و لذا نمی دانیم که کدام یک از این دو نفر مالک عبد است و با قرعه یا تنصیف یا شرکت می توانیم مشکل را حل کنیم.

بنابراین اگر ما نفی ثالث را اختیار کنیم، می توانیم در این جا اصل صحت را جاری بدانیم، ولی ما در بحث امارات هم گفتیم که ادله ی عمومات شامل حجیت امارات متعارضین نمی شود و به عبارت دیگر، واحد لابعین از مصادیق عام نیست، زیرا ملاک در حجیت اماره طریقیت ۹۹ درصدی نسبت به واقع است، ولی در صورتی که با خبر دیگری تعارض وجود داشته باشد، دیگر ۹۹ درصد نخواهد بود، بلکه احتمال طریقیت هر دو یا مساوی خواهند بود و یا احتمال یکی بر دیگری کمی بیشتر خواهد بود، ولی ما در بحث امارات هم گفتیم که طریقیت نسبت به نفی ثالث هم به همان مناط حجیتی که نسبت به هر کدام وجود دارد، ثابت است و لذا همان احتمال ۹۹ یا ۹۸ درصدی که در حجیت هر کدام به صورت تنها وجود دارد، نسبت به نفی ثالث هم همین درصد از احتمال وجود دارد، ولی با همه ی این تفاصیل، باز هم اصاله الصحه جاری نخواهد بود، زیرا اصاله الصحه اماره نیست، بلکه اصلی از اصول عقلائیه است که اگر به آن عمل نشود، هرج و مرج در عالم پیدا می شود.

بنابراین آن مناط حجیتی که در امارات وجود دارد، در این جا نیست و قهراً اصاله الصحه در مورد بحث ما جاری نیست و لذا اگر جاری نشد، اقتضای استصحاب عدم انتقال عبد از ملک مالک اصلی خواهد بود.

بنابراین، روایت موسی بن اشیم از نظر دلالت تمام است و نسبت به سند آن هم اگر مبنای مشهور را بپذیریم، با توجه به منتهی شدن سند روایت به حسن بن محبوب - که از اصحاب اجماع است - سند روایت هم درست و قابل قبول خواهد بود.

استدلال مرحوم شیخ به روایت

مرحوم شیخ در استدلال به مختار خودش، دو بیان دارد: یکی عبارت از این است که همه ی این اشخاص مدعی این هستند که این عبد متعلق به آن هاست، زیرا با پول آن ها خریداری شده است.

شرع مقدس هم می گوید که اگر بیّنه قائم بر این شد که با مال کدام یک از این ها خریداری شده است، مطلب تمام است.

مرحوم شیخ می فرمایند: استدلال هر کدام از این ها عبارت از این است که این عبد با مال آن ها خریداری شده است و این استدلال هم از جانب شرع ردع نشده است و از همین استفاده می شود که شرع آن را تقریر نموده است. پس بنابراین اگر با مال هر کدام خریداری شده باشد، عبد متعلق به اوست. در این جا یک صغری و کبری تشکیل می شود و یک مقدمه ی مطویه ای هم وجود دارد که عبارت از این است که اگر معامله بدون إذن بوده و فضولی باشد هم صحیح است. این مخاصمه ای هم که می شود، در حقیقت امضای آن معامله است و خلاصه این که صغری و کبری بنا بر صحت فضولی تمام است، اما اگر قائل به صحت فضولی نباشیم، صحت این معامله احتیاج به إذن دارد و در روایت هم هیچ اشاره ای نشده است که این عبد با إذن خریداری شده باشد، بلکه هر سه گروه مدعی این است که این عبد با پول آن ها خریداری شده است نه با إذن آن ها.

پرسش: در این روایت وارد شده است که «مأذوناً»

پاسخ: می گوید مأذون در تجارت بوده است، نه در این تجارت. آن ورثه ای که می گویند: این شخص با مال این عبد را خریده است، إذنی نداده اند. اشخاص دیگر هم همین طور هستند و این عبد هم مأذون در تجارت بوده است نه مأذون در این تجارتی که واقع شده است و اختلاف در آن وجود دارد.

مناقشه در فرمایش مرحوم شیخ در صورت جریان اصاله الصحه

این تقریب کلام مرحوم شیخ است، ولی ممکن است در صورت جریان اصاله الصحه بشود در کلام ایشان مناقشه کرد واین طور گفت که هر چند ما فضولی را صحیح ندانیم، ولی با جریان اصاله الصحه حکم به صحت عقد نسبت به واحد لابعین می کنیم و بعد هم با قرعه یا امر دیگری مشخص می کنیم که برای کدام یک از آن ها واقع می شود.

پس بنابراین اگر کسی اصاله الصحه را جاری بداند، می توانیم بگوییم که استدلال مرحوم شیخ تمام نیست، زیرا ممکن است که ما فضولی را صحیح ندانیم و با جریان اصاله الصحه حکم به صحت معامله بکنیم و برای تعیین این که مال کدام یک از آن هاست هم بیّنه آورده شود.

اما در صورتی که بگوییم: اصاله الصحه اصلی از اصول است و در این جا جاری نباشد، دیگر این اشکال به فرمایش مرحوم شیخ وارد نخواهد بود و ما نمی توانیم إذن را احراز بکنیم.

پرسش: عبد مدعی اذن اینها نیست و می گوید من پول از یکی دیگر گرفتم و این کار را انجام دادم.

پاسخ: کاری به عبد نداریم و ما نمی دانیم که کار او با اذن بوده است یا نه؟ هر چه که باشد، عقدی واقع شده است و ما نمی دانیم که با اذن بوده است یا نه و خلاصه این که اگر با اصاله الصحه إذن را احراز کنیم، این روایت دیگر دلیل برای صحت فضولی نخواهد بود، ولی اگر این اصل جاری نشد، استدلال مرحوم شیخ تمام خواهد بود.

علت تعبیر مرحوم شیخ به مؤید بودن روایت

این که شیخ از این روایت تعبیر به «مؤید» فرموده است، شاید به همین جهاتی باشد که مورد اشاره قرار گرفت و این که آیا با اصحاب اجماع می توانیم تمسک کنیم یا نه و خلاصه این که با توجه به این موارد، ایشان از این روایت تعبیر به مؤید نموده است.

این بحث دیگر تمام شد و در ادامه به بحث بطلان فضولی و ادله ی آن خواهیم پرداخت.

ادله قائلین بطلان بیع فضولی ۹۳/۰۸/۱۸

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: ادله قائلین بطلان بیع فضولی

خلاصه درس:

برخی قائل به بطلان بیع فضولی شده اند حتی با اجازه مالك و به آیه شریفه «لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلاّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» (۱) استدلال کرده اند چرا که استثنا را استثنای متصل دانسته علاوه بر این که تراض را قید لازم برای صحت معامله دانسته اند ولی در جواب باید گفت که استثنا ظاهرا منقطع است و بنابر نظر مرحوم شیخ متأخرین قائل به مفهوم برای وصف نشده اند.

ادله قائلین بطلان بیع فضولی

ص: ۲۲۰

۱- نساء/سوره۴، آیه۲۹.

اشخاصی که قائل به بطلان بیع فضولی شده و شأنیت صحت آن را منکر شد ه اند اجازه مالك را مصحح نمی دانند و بیع فضولی را لغو و کالعدم دانسته اند به ادله ای استدلال کردند که از آن جمله این آیه شریفه است: «لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلاّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» که ایشان به این آیه از دو راه استدلال کرده اند:

یکی اینکه الا ـ از ادوات حصر و استثناء است و دلالت می کند که غیر از آنچه که بعداً ذکر شده، بقیه مصادیق اکل مال به باطل است و منحصرا آنچه که «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» باشد صحیح است و بقیه باطل است. در باب فضولی هم چون استیذان و

رضایتی از مالک تحصیل نشده و عقد واقع شده، پس عقد فضولی داخل در مستثنی منه می شود نه داخل در مستثنی، در نتیجه عقد باطل می شود.

دوم اینکه حتی اگر «الا» و استثنائی هم نبود چون تعبیر شده «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» از این استفاده می شود که بیع فضولی باطل است چراکه ظواهر قید این است که یک چیزی که مقید شد، ظاهر در احترازی بودن آن است، پس قهراً تجارتی که فاقد رضایت مالکش هست مفهومش بطلان بیع فضولی می شود.

جواب ادله قائلین به بطلان بیع فضولی

مرحوم شیخ به هر دو بیان اشکالات متعددی وارد می کند که شاید بعضی مشترک باشند اما راجع به آن استثناء که «الا» به کار برده شده و «الا» از ادوات حصر است، ایشان می فرمایند: اگر استثناء متصل باشد اخراج «ما لولاه لدخل» بر حصر و بطلان بیع فضولی دلالت می کند ولی ظاهراً اینجا استثناء منقطع است برای خاطر اینکه چیزی که «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» است بالضروره مصداق برای باطل نیست و استثنای متصل در جایی است که موضوعاً داخل باشد و به وسیله استثناء اخراج حکمی شده باشد در حالی که «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» موضوعاً داخل باطل نیست. بنابراین استثناء، استثناء منقطع است و استفاده انحصار در استثنای متصل است نه در استثنای منقطع. پس قهراً ما نمی توانیم بگوییم که اگر «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» نشد بیع باطل است و منحصراً فقط «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» صحیح است.

جواب از اشکال مرحوم شهیدی

اینجا مرحوم شیخ تعبیری دارد که مرحوم آقای شهیدی در حاشیه اشکالی کرده و بیان می دارد که بین دو تا کلام مرحوم شیخ تهافت هست؛ زیرا اول مرحوم شیخ می فرمایند ظاهر این است که استثناء منقطع است ولی بعد دعوای ضرورت می کند برای اینکه «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» مصداق برای بطلان بیع فضولی نیست؛ یعنی این دعوای ضرورت با معنای ظهور نمی سازد؛ زیرا ظهور معنایش این است که احتمال خلافی هم در کار هست ولی ضرورت معنایش این است که این چنین نیست؛ لذا این دو کلام مرحوم شیخ با هم نمی سازد.

ولی اگر دقت بشود این اشکال وارد نیست؛ چرا که اگر ایشان تعبیر کرده باشد که بالضروره این استثناء، استثنای منقطع است، با کلمه ظاهری که قبلاً تعبیر کرده بود نمی ساخت، در حالی که ایشان این تعبیر را نمی کنند و می فرمایند می شود آیه را طوری معنا کرد که استثناء متصل باشد و می شود طوری هم معنا کرد که استثناء منقطع باشد، منتهی ظاهر این است که این طور ما باید معنا کنیم که منقطع باشد.

یعنی این که «لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ» ظهور عرفی اش این است که «بالباطل» تمییز است و قهراً استثناء بشود منقطع، ولی می شود ما معنایی بکنیم بر اینکه استثناء بشود متصل و بگوییم که «بالباطل» می گوید «لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ» شما تصرف در اموالی که بینتان است را رها کنید و باء، بای سببیت است؛ یعنی به وسیله اینکه این تصرفات همه اش باطل است، مگر اینکه «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» باشد. به عبارت دیگر کأنّ باء، بای سببیت می شود «فإنه باطل الا أن تكون تجاره عن تراض» لذا زمانی که این از باطل بودن معاملات استثناء شود، این استثناء متصل است، ولی ظاهر جمله این است که این جنبه تمییز دارد.

ص: ۲۲۲

اما اگر کسی القاء بکند که «لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ» یعنی شما اموالتان را به طریق باطل نخورید، آن وقت «إِلاّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» قهراً «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» مصداق باطل که نیست و استثناء منقطع می شود یعنی به طریق باطل نخورید و «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» را اجازه می دهد، پس این «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» از آن چیزی را که قبل ذکر شده که مصداق برای او است بالضروره بعد از اینکه معنای تمییز را قهراً استظهار کردیم بالضروره مصداق برای آن معنای تمییز نیست و این دو با هم منافات ندارند و دیگر این طور نیست که در کلام مرحوم شیخ تهافت باشد.

ادامه جواب مرحوم شیخ به قائلین بطلان بیع فضولی

گفته شد در آیه شریفه استثنای متصل خلاف ظاهر است و ایشان می فرمایند استثناء منقطع است نیز از آیه شریفه حصر استفاده نمی شود، بعد می فرمایند اما آن مسئله تحدیدی که ذکر شد. سیاق تحدید که به صورت قید می آورند ظاهرش احترازیت است و این همان معنای مورد بحثی است که در اصول هست؛ لذا مرحوم شیخ مفهوم شرط را قائل است ولی مفهوم وصف را قائل نیست؛ لذا در فرائد در آیه نبأ آنجا ایشان می فرمایند مفهوم وصف اگر بخواهیم تمسک کنیم، درست نیست و حتی مفهوم شرط را هم اشکال می کند و می گوید مفهوم وصف را ما قائل نیستیم.

حال اگر ما تسلیم شدیم و قائل به مفهوم وصف شدیم در جایی مفهوم وصف هست که یک فایده دیگری غیر از احتراز در کار نباشد آن موقع ما قائل می شویم به مفهوم وصف، ولی در جایی که صورت قید غلبه دارد، غلبه داشتن خودش یک چیز عادی و متعارف است که خواسته اند صورت متعارف را نشان بدهند، آن قید را می آورند تا حکم مسئله روشن تر بشود برای اینکه مصادیق بارزش را ذکر کنند، لذا قید غالب را می آورند که ثبوتاً دخالت ندارد ولی خود اینکه چون غلبه دارد خودش از فوایدی است که برای قیود ذکر می شود و لازم نیست احترازی باشد.

اشکال دیگر بر قائلین به بطلان بیع فضولی

اشکال دیگری که هست این است که ایشان می فرمایند بنابر اینکه «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» را منصوب بخوانیم «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» قهراً خبر «تکون» می باشد و «تکون» ناقص باشد و خبر «تکون»، «تجارةً» باشد ایشان می فرمایند اینجا یک احتمال دیگری در کار هست که استفاده بطلان فضولی از آن نمی شود و آن این است که «عن تراض» قید «تجاره» نباشد، «تجاره» خبر است و «عن تراض» هم یک خبر دیگری باشد نه قید خبر باشد، چرا که اگر قید خبر باشد، ممکن است مفهوم پیدا کند؛ یعنی می گوید تجارتی که این تجارت از روی رضایت واقع شده باشد در حالی که در فضولی تجارت از روی رضایت واقع نشده است.

ولی اگر ما آن را دو خبر بدانیم یعنی خبر بعد از خبر بدانیم، این تملک با دو تا شرط جایز می شود؛ یکی عبارت از این است که تجارتی واقع شده باشد که رضایت مالک آن که سلطنت دارد جلب شده باشد؛ یعنی شخصی که می خواهد تملک کند بعد از اجازه تملک می کند که بعد از اجازه هم تجارت در کار هست، چون نفس عقد و حدوث عقد تجارت واقع شده از بین هم نرفته و هم رضایت مالک بعداً تحصیل شده و بعد از این دو می خواهد تملک کند، لذا قید تجارت نیست و فضولی داخل مستثنی است نه خارج از مستثنی تا ما حکم به بطلان کنیم.

البته ایشان می فرمایند خبر بعد از خبر کمتر استعمال می شود و غلبه اقتضا می کند که این قید خود «تجاره» باشد و قهراً فضولی داخل مستثنی نباشد ولی به حدّی نیست که به حدّ ظهور برسد، هر چند که این احتمال هست بر اینکه خبر بعد از خبر باشد و از کلام مجمع البیان هم استفاده می شود که «عن تراض» را صدور عن رضایه معنی نکرده و عقدش عن رضایه صادر شده باشد یعنی عقدی واقع شده و گویا می خواهد بگوید موقعی که می خواهد شخص تملک بکند، ظاهرش این است که باید رضایت صاحب را جلب کند و بفهمد که آن به این عقدی را که واقع شده راضی بوده است، در هر حال عبارتی دارد که ظهور دارد که این خبر بعد از خبر می خواهد معنی کند و این را نمی خواهد قید بگیرد. بنابراین محتمل است به احتمالی که نمی شود احتمال را دفع کنیم و «إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال» این هم اشکال دیگر.

پس حتی در فرض استثناء متصل اشکالاتی است که برخی مربوط به مفهوم وصف و نظائر آن بوده و بعضی هم بین وصف و غیر وصف مشترک است. اما اشکال دیگر عبارت از این است که ظاهر خطابات به مالکین است و می گوید اشخاصی که املاکی دارند راه نقل و انتقالش و تملیک و تملکش باید از راه های صحیح باشد؛ مثلاً نباید از راه قمار و امثال آن باشد که راه های باطل است.

اینها خطاب به مالکین هست که باید «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» باشد البته عقدی که واقع می شود، این عقد، حدوثاً عقدی است که مثلاً فلان کس فسخ کرد، چون اختیار فسخ داشت، فسخ باید بقائی برایش تصور بشود و باید امور قارّ و ذات باشد تا قابل فسخ باشد و اگر خود الفاظ باشد، الفاظی که خود انسان انشاء می کند آنکه قارّ نیست، پس آن مُنشأ یک معنای قارّ است، آن وقت زمانی که مالك اجازه می دهد این عقد می شود عقد مالك و به مالکین هم می گوید شما عقدتان را با قمار و امثال اینها ترتیب اثر ندهید و اگر تجارتی دارید از روی رضایت عقدتان باشد.

حال بعد از اینکه مالك اجازه داد، این عقد، عقد مالك عقد می شود و قید عن رضایهٍ خودش دلالت می کند بر صحت عقد فضولی نه دلالت بر بطلان عقد فضولی و این وجوهی است که مرحوم شیخ در اینجا بیان فرموده، پس از استثنای منقطع که مرحوم شیخ بیان می دارد دیگر از آن حصر استفاده نمی شود نیز اگر کسی آیات قرآن و موارد مختلف را مراجعه کند موارد بسیاری استثنای منقطع است و آقای شعرانی هم می گوید که آیات قرآن خیلی هایش استثنای منقطع است و این مربوط به یکی دو آیه نیست پس «الا»ها به معنای فقط است «لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ» به راههای باطل معامله نکنید فقط آن چیزی را که مجازید این است که «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» انجام بدهید؛ یعنی در اینجا «الا» به معنای فقط است، حالا ممکن است ما بگوییم منقطع است و به یک تعبیر می توانیم بگوییم متصل است و مستثنی منه آن مقدر است، یعنی آنکه فقط جایز است و هیچ چیز جایز نیست.

ص: ۲۲۵

یک کبرای کلی بالاتر از «لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکَمْ بَیْنَکَمْ بِالْباطِلِ» که آن در تقدیر گرفته می شود و نظیرش در این نوع استعمالات همین طور است مثلاً جایی که می گویند «الا حمارا» یعنی فقط حمار آمد هیچ موجودی نیامد، آن هیچ موجودی یا در تقدیر واقع شده یا اگر نشده از خود کلمه فقط که «الا» به معنای فقط استعمال می شود، از آن استفاده می شود موارد این طوری است و انسان وجداناً این طور چیزها می فهمد.

البته «الا» گاهی به معنای «مگر» است که آن استثنای متصل است و همانطور که گفته شد گاهی به معنای «فقط» است که این استثنای منقطع است «فقط» یعنی «جائنی الا حمارا» یعنی فقط حمار بود آمد دیگر قوم که قرار بود بیایند، نیامدند، فقط یک حماری آمد برای تأکید مطلب اینگونه تعبیر می شود.

رد ادله قائلین به بطلان بیع فضولی ۹۳/۰۸/۱۹

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: رد ادله قائلین به بطلان بیع فضولی

خلاصه درس:

حضرت استاد در این جلسه اشاره به مطالب گذشته درباره ردّ استدلال قائلین بطلان بیع فضولی به آیه شریفه «لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ إِلاّ أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» داشتند چرا که استثنای در آیه ظهور در استثنای منقطع داشته و نه متصل، و «الا» در آیه شریفه به معنای فقط است. نیز در مقام ردّ اخذ به مفهوم وصف در آیه شریفه بر می آیند و پاسخ از اشکال مرحوم آیت الله خویی را در این زمینه می دهند و در ادامه جواب از اشکال مرحوم سید و مرحوم خویی در خصوص خبر بعد از خبر بودن می دهند.

ص: ۲۲۶

الف) رد استثنای متصل در آیه شریفه

بیان شد در مواردی که استثناء، استثنای منقطع باشد «الا» به معنای «فقط» است و نه به معنای «مگر» در فارسی. چرا که اگر به معنای «مگر » در فارسی باشد آن مستثنی منه اش بخاطر وضوح مطلب ساقط شده، زیرا «حذف ما یعلم جایز» است. لذا معنای آیه شریفه «لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ» (۱) می شود که ای مردم اموالتان را از راه باطل مصرف نکنید و تملیک و تملک و داد و ستد باطل انجام ندهید که این متفاهم عرفی است؛ یعنی داد و ستد باطل انجام ندهید مگر اینکه «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» باشد. به عبارت دیگر این کارهایی که غلط است و مجاز نیستید، مقدر است و از آن «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» استثناء می شود.

از همین روی مرحوم شیخ فرموده (۲) ظاهر عبارت آیه استثنای منقطع است، چرا که مسئله تقدیر بر خلاف اصل اولی است، ولی این طور هم نیست که غلط باشد بلکه برخلاف ظاهر است. البته ایشان می فرمایند می شود چیزی در تقدیر گرفت و استثنای متصلش کرد، ولی این خلاف ظاهر است؛ چون تقدیر بر خلاف اصل است؛ پس این استثنای منقطع است و استثناء

منقطع دلالت بر حصر نمی کند، از همین در فرمایش مرحوم شیخ تنافی وجود ندارد، چرا که ظهوری که ادعا کرده با آن مطلبی که می گوید: بالضروره «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» مصداق باطل نیست بینشان تناقضی وجود ندارد. هر چند اگر در ذیل گفته بود «بالضروره» این متصل نیست و منقطع است آن وقت تهافت در کلام شیخ پیش می آمد.

ص: ۲۲۷

۱- نساء/سوره۴، آیه۲۹.

۲- کتاب المکاسب، للشیخ الأنصاری، ج ۳، ص۳۶۴، ط الحدیثه.

بنابراین استثنا ظاهراً یا متصل است یا اصلاً به معنای «الا» نیست و به معنای «فقط» و معنای انحصاری است و از این عبارت استفاده انحصار می شود و بلکه اقوای از آن مواردی است که استثناء منقطع ندارد، چون یکی از چیزهایی که به دلالت کلام قبل قوت می دهد استثناء است؛ برای مثال اگر گفته شود «اکرم العلماء» ظهورش این است که زید، عمرو و بکر و اینها واجب الاحترام اند، ولی اگر فردی را استثناء کردند، ظهورش در این است که مابقی واجب الاحترام هستند و این قوی تر از آن است که اصلا استثناء نکنند. کانّ در مقام استثنا متوجه مستثنیات هم بوده اند و استثنا نکرده اند و این باعث قوت دلالت است.

نیز اگر یک چیزی که جزء افراد (مستثنی منه) نباشد را استثناء کنند، قوت این حتی بیشتر از آن استثنائی است که یک فرد از افراد خودش را استثنا می کند. مثلاً در استثنای «ما جائنی القوم الا حمارا» اگر هم استثناء باشد استثنای از قوم نیست استثناء از متعلقات قوم است یا اصلاً استثناء از تمام موجودات است و این امر استحکام بیشتری دارد، لذا در این گونه موارد می توانیم انحصار را استفاده کنیم و در مواردی که استثنای انقطاعی است بگوییم تأکید بیشتر دارد.

ب) رد مفهوم وصف در آیه شریفه

مرحوم شیخ می فرمایند (۱) : مفهوم وصف را ما اصلاً منکریم و اگر هم قبول کنیم، در جایی که قید مذکور، قید غالبی باشد، قبول نداریم، چراکه خود غالبی بودن مصحح این است که این قید را آورده باشد، لذا شیخ ظاهراً در این مقام است، ولی تعبیری را که ایشان بیان می کنند اصلاح آن تعبیر خیلی مشکل است؛ زیرا ایشان می فرمایند: «لو سلّم» اگر بپذیریم که بگوییم مفهوم احترازی در آن هست در جایی است که فائده ای غیر از احتراز و تحدید برای ذکر قید نباشد. اما در مثل اینجایی که غلبه دارد خود غلبه فایده است، لذا اگر فائده ای غیر از احتراز و تحدید نداشته باشد آنجا را قائلیم، ولی از کلمه لو سلّم فهمیده می شود که حتی در جایی که فائده ای غیر از احتراز هم نداشته باشد، در آنجا هم ما قائل به مفهوم قید نیستیم. و معنایش این است که حتی در جائی که آوردن قید لغو است (اگر احترازی نباشد) ما قائل به مفهوم نیستیم.

۱- کتاب المکاسب، للشیخ الأنصاری، ج ۳، ص۳۶۴، ط الحدیثه.

ج) ثمره وصف

حال سوال است که چرا قائل به مفهوم برای وصف نشویم؟ مگر حکیم لغو صحبت می کند؟ در اینجا از کلام صاحب معالم استفاده می کنیم ؛ ایشان هم منکر مفهوم وصف است و در پاسخ این که پس برای چه وصف می آورند، می گویند: چون ثمرات مختلفی دارد؛ زیرا گاهی برای اهمیت موضوع آن را به خصوص ذکر می کنند که بیشتر توجه به آن موضوع شود و گاهی هم برای غلبه است و یا گاهی بخاطر مخفی بودن موضوع است که انسان را متوجه آن کنند. حال اگر فرض شود که اگر هیچکدام یک از این ثمرات نبود چه؟ ایشان می گوید آن موقع اصلاً قید نمی آورد و توصیف نمی کند، زیرا توصیف در یکی از این چیزهایی که ذکر شد است و الا اگر آن ثمرات نباشد، اصلاً صفت نمی آورد.

از این رو شاید بتوان کلام مرحوم شیخ را توجیه کرد که نظر ایشان، موافق نظر صاحب معالم است. ولی ما اصلاً منکریم و می گوییم اگر جایی توصیفی ذکر شد به خاطر ثمراتی غیر از ثمرات احتراز از آن است و اگر ثمرات دیگری نباشد، اصلاً بی قید ذکر می کنند. در هر حال شیخ می خواهد این را بفرماید که اولاً وصف احترازی اصلاً آورده نمی شود و اگر بیاید مثل امثال غلبه جزء آن امور احترازی نیست که برای احتراز آورده شده باشد.

البته خیلی از موارد است که اصلاً به منظور تحدید قید می آورند مثلا از شما سؤال می کنند که از چه کسی می شود تقلید کرد؟ می گویید مجتهد عادل. این قید عدالت برای این آورده می شود که تصور نشود که از هر مجتهدی می شود تقلید کرد و این قید در مقام تحدید است و قید احترازیه است و این را نمی شود منکر شد.

ص: ۲۲۹

اشکال مرحوم خویی

مرحوم آقای خوئی اشکالی می کنند (۱) که شما گفتید اولاً وصف مفهوم ندارد و اگر هم مفهوم داشت اینجا مفهوم ندارد و می گوييد در مورد غلبه هم مفهوم ندارد ولی همگان قبول دارند که گاهی مقام، مقام تحدید است و در مقام تحدید حتی کمتر از وصف هم مفهوم پیدا می کند، مثلاً پرسیده شده که «ماء معتصم» چیست؟ حضرت می فرمایند: «کر» در این جا با اینکه صفت هم نیست در مقام جواب سائل که ضابط را می خواهد و مقام، مقام تحدید است این مفهوم پیدا می کند، لذا ایشان می فرمایند: انکار مفهوم درست است، ولی در جایی که در مقام تحدید باشد، آنجا مفهوم ثابت است و در ما نحن فیه در مورد آیه شریفه در مقام تحدید است و چون در مقام تحدید است ما باید مفهوم را اخذ کنیم ولو مفهوم وصف را ذاتاً منکر باشیم.

جواب اشکال

این اشکال مرحوم آقای خوئی وارد نیست، چون مرحوم شیخ برای بطلان فضولی از دو راه استدلال می کند یکی از راه «الا» که ادوات حصر اعمال شده را می گوید استثناء منقطع است و دیگر اینکه از اول شارع گفته بود که «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» صحیح است، اما ما از کجا احراز کنیم که در مقام تحدید است، چون کسی که سوال نکرده بود؟ برای مثال اگر ما بگوییم عالم عادل احترام دارد از این استفاده تحدید می شود؟ از کجا این استفاده می شود، کسی که سوالی نکرده است، بله فی الجمله معلوم می شود علم تنها کافی نیست و الا قید عدالت را ذکر نمی کرد. اما اگر در اینجا بخواهیم بطلان فضولی را استفاده کنیم فی الجمله مفهوم میزان نیست، بلکه باید مفهوم به نحو سالبه کلیه باشد و باید بگوییم فاقد قید به طور کلی باطل است و اگر قرائنی در خارج نباشد این فهمیده نمی شود، لذا باید مقام تحدید را اثبات کرد.

۱- مصباح الفقاهه (المکاسب)، السید أبوالقاسم الخوئی، ج ۴، ص۷۹.

آقای خوئی نظرش این است که وجداناً آیه در مقام تحدید است. ولی تحدیدش از آن استثناء منقطعی که آورده شده فهمیده می شود، و می خواهد میزان برای باطل و غیر باطل را بیان کند و دلیل دیگری برای حرف ایشان نیست.

اشکال مرحوم سید و پاسخ آن

بعضی ها مثل مرحوم سید و امثال اینها اشکال می کنند (۱) که ظهور نکره در این است که چیزی که بعد از آن ذکر می شود، توصیف آن است و جنبه قیدیت دارد، نه این که خبر بعد از خبر باشد. پس استدلال بر نفی صحت بیع فضولی وارد است و ظهور را هم که خود مرحوم شیخ قبول دارد، و برای استدلال، ظهور کافی است و لازم نیست که تصریح شده باشد.

اما در پاسخ باید گفت که اگر منظور از «إِلاّـ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» یعنی تجارتی که از روی رضایت باشد و این امر متعارفی است که اشخاص این را می فهمند. اشکال به مرحوم شیخ وارد نیست. و اگر خبر بعد از خبر و امر غیر متعارف باشد که عرف آن را نمی فهمد و یک مطلب مدرسه ای باشد، این اشکال وارد است؛ اما مرحوم شیخ این طور تعبیر نمی کند، بلکه می فرماید: چون غلبه توصیف نکره است این قیدیت را تأیید می کند و باید گفت که تأیید غیر از یدّل است؛ زیرا تأیید مثل اشعار می ماند و اشعار غیر از دلیل است، ایشان می گوید به حدّ تأیید صلاحیت دارد نه به حدّ استظهار که بشود حجت باشد و استدلال بشود کرد. پس این اشکال به مرحوم شیخ و امثال او وارد نیست.

ص: ۲۳۱

۱- حاشیه المکاسب، السید محمد کاظم الطباطبائی الیزدی، ج ۱، ص۱۳۸.

اشکال دیگر مرحوم خویی

مرحوم آقای خوئی راجع به خبر بعد از خبر بودن در آیه شریفه می فرمایند (۱) : فرقی ندارد چه خبر بعد از خبر باشد و چه «عن تراض» قید «تجارةً» باشد در هر دو صورت می تواند دلیل بر بطلان فضولی باشد و حرف مرحوم شیخ درست نیست و هر دو صورت، مساوی است و با هم تفاوتی ندارد؛ زیرا آیه می گوید هم «تجارةً» باشد و هم «عن تراض» باشد و فقدان احد القیدین برای بطلان کافی است و اینجا هم چون فضولی فاقد قید «عن تراض» است دلیل بر بطلان هست، چون که احد القیدین را فاقد است و چیزی که احد القیدین را فاقد است، باید حکم به بطلان آن کنیم.

جواب اشکال

مرحوم شیخ می فرمایند که اگر خبر بعد از خبر باشد، آیه می گوید یک شرط این است که تجارتی واقع شود و تجارت هم که واقع شده ولو از راه فضولی واقع شده باشد در هر حال تجارت است. دوم اینکه آنکه رضایتش معتبر است، رضایتش را اعلام کرده باشد و چون در بیع فضولی مالک موافقت خودش را اعلام کرده است؛ پس قهراً اطلاق قضیه اقتضاء می کند که بیع فضولی با رضایت مالک واجد هر دوتا شرط بوده و صحیح است. پس وقتی که مقصود از «عن تراض» این باشد که در خارج تملک «عن تراض» باشد بنابراین تملک شخص در بیع فضولی بعد الاجازه است و این یعنی این که قید «عن تراض» حاصل است، پس باید حکم به صحت آن نمود نه حکم به بطلان. به همین خاطر این اشکال هم وارد نیست.

۱- مصباح الفقاهه (المکاسب)، السید أبوالقاسم الخوئی، ج ۴، ص۸۳.

تکمیل بحث

پرسش:....

پاسخ: وجدانا حرف شیخ درست است. برای مثال اگر گفته شود که اشخاص احترام ندارند، مگر این که شخص عالم باشد؛ شخص عادل باشد؛ شخص سید باشد؛ شخص خدمتگذار باشد. در یک چنین مواردی این طور استفاده می شود که هر کدام از اینها عناوینی است که احترام آور است و جمع ما بین عناوین لازم نیست، پس شخص اگر عالم شد، احترام دارد، شخص اگر مثلاً عادل شد، احترام دارد، خدوم شد، احترام دارد. اما اگر تکرار نشد و گفتند اگر شخص عالم شد عادل شد، عالم شد، عادل شد، مجتهد شد، احترامش لازم است. در چنین مواردی ظاهر این است که درباره یک شخص است و مقصود یک شخص معین را مد نظر دارند و این اوصاف را برای او می گویند. پس بین این دو صورت فرق است.

از مطالبی که شیخ ذکر کرده، آن که درست است عبارت از این است که «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» خطاب به مالکین است، می گوید این املاکی که به نحو باطل ردّ و بدل می شود شما آن را کنار بگذارید و فقط «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» باشد. لذا مالک بعد از اینکه معامله ای را امضاء کرد، این تجارت «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» می شود. از همین رو وقتی مالک بیع فضولی را امضاء کرد، عرفاً می گویند آن را مالک فروخته است و صدق بایع به کسی که امضاء می کند، حتی بالاتر از کسی است که اذن به بیع داده؛ زیرا شخص گاهی مأذون است؛ ولی مالک هیچ اطلاعی ندارد که چه اتفاقی افتاده است. پس اولاً بائع صدق می کند و صحت سلب ندارد، ثانیاً صدق هم نکند این جور موارد الغا خصوصیت می شود و از آیه حکم این جور موارد هم استفاده می شود.

ص: ۲۳۳

رد ادله قائلین به بطلان بیع فضولی ۹۳/۰۸/۲۰

.Your browser does not support the audio tag

موضوع : رد ادله قائلین به بطلان بیع فضولی

خلاصه درس:

حضرت استاد در این جلسه به نقد بیان مرحوم شیخ نسبت به مفهوم وصف در آیه اشاره می پردازند

و در ادامه یک وجه جدید برای وصف مذکور در آیه بیان می کنند.

بیان کلام مرحوم شیخ نسبت به مفهوم وصف در آیه

مفهوم وصف(عن تراض) از وجوهی است که برای بطلان بیع فضولی در آیه شریفه به آن استدلال کرده اند، مرحوم شیخ برای ردّ این استدلال می فرمایند اگر بخواهیم به مفهوم وصف عمل کنیم و آنرا حجت بدانیم در جایی است که وصف، قید غالبی نباشد و الا از قید غالبی، استفاده مفهوم و انحصار نمی شود.

نقد کلام مرحوم شیخ

برای قید غالبی چند حالت متصور است:

اول: قید غالبی جنبه معرف برای آن مقید و موضوع داشته باشد، مثل این که گفته شود از نظام سربازی، طلبه ها معاف اند؛ بعد برای اینکه معرفی کند و بشناساند، قید بیاورد که آنهایی که جامع المقدمات را خوانده اند معاف اند که این قید غالبی است و غالب طلبه ها آن را دارند. در این صورت چنین وصفی ثبوتاً دخالت ندارد و حکم بر روی همان ذات مقید رفته و برای شناخت مقید صفت غالبی را ذکر کرده اند و چنین مواردی آوردنش صحیح است.

دوم: قید از باب بیان حکمت حکمی که روی موضوع هست آمده باشد؛ مانند آیه شریفه (وَ رَبائِبُکُمُ اللاّتی فی حُجُورِکُمْ) (۱) که قید «فی حجورکم» ثبوتاً دخالت در حکم ندارد و آیه شریفه بیان می دارد که ربائبی که نزد شما هستند مثل اولاد شما هستند و ازدواج با آنها مناسب نیست و حرام است، و این قید حکمت موضوع را خواسته بیان کند و الا قید «فی حجورکم» حتی ربیبه ای که نزد انسان هم زندگی نکند را هم شامل می گردد و او نیز همین حکم را دارد. پس این دو جا که ثبوتا دخالت ندارد قید را ذکر کنند، صحیح است.

۱- نساء/سوره۴، آیه۲۳.

سوم: قید غالبی نه معرف خصوصیات است و نه حکمت جعل را بیان کند.

اگر یک قیـدی یا وصـفی نه معرف خصوصـیات باشد و نه حکمت جعل را بیان دارد، ثبوتاً هم دخالت نداشـته باشد- هر چند که قید غالبی باشد- آوردن این قید خلاف بلاغت و حکمت است.

لـذا اگر قید «عن تراض» بخواهد هیچ دخالتی در موضوع نداشـته باشد به طوری که نه معرف تجارت باشد و نه بیانگر حکمت ، و صرفا گفته شود که چون این غلبه بوده آمده، این درست نیست.

قیود احترازی در باب وصف

قیود و اوصاف احترازی که در باب وصف اسـتفاده می شونـد به نحو سـلب کلی اسـتفاده نمی شونـد، بلکه به نحو سالبه جزئیه اسـتفاده می شونـد؛ یعنی حکم روی موصوف علی وجه الاطلاـق نرفته به این معنا که از (اکرم العالم العادل) اسـتفاده می شود که احترام، مـال مطلق علم نیست. البته گـاهی یـک نکـات مخصوصـی هم لحـاظ است که می خواهنـد مورد محکم تر شود و تخصـیص به ذکر می دهنـد یا گاهی چون فرد خفی است، تخصـیص به ذکر می دهنـد، لـذا اگر نکات خارجی در کار نباشد. قیود احترازی فی الجمله مفهوم پیدا می کنند، اما مفهوم فی الجمله منافاتی با ادعای ما ندارد. از همین روی اگر گفته شود باید عالم هاشـمی احترام داشـته باشـد یا عالم پیرمرد یا عالم خدمتگذار به جامعه باید احترام داشـته باشـند، این قیود و اوصاف هیچ منافات پیـدا نمی کند با اینکه بگویند عالم عادل احترام دارد. صـرفاً اسـتفاده می شود که اگر قید آمد و نکات دیگری در کار نبـود حکم روی مطلـق موضـوع نرفته است. این درست است. ولی غلبه بـودن چیزی نیست که مـانع بشـود و جلـوی مفهوم فی الجمله را بگیرد. در اکرم العالم العادل، احترازی هست که مثلا مطلق عالم احترام ندارد ولی انحصار از آن استفاده نمی شود.

ص: ۲۳۵

پرسش....پاسخ:از الا مفهوم حصر استفاده نمی شود ولی فی الجمله مفهوم وصف استفاده می شود.

بیان مرحوم شیخ نسبت به مفهوم وصف در آیه شریفه

مرحوم شیخ دو تقریر در خصوص آیه شریفه دارند یکی مفهوم حصر است و دیگری مفهوم وصف، که از آن مفهوم سالبه کلیه استفاده نمی شود. و اینجا باید سالبه کلیه استفاده بشود تا بگوییم با اجازه تصیحح نمی شود. این بیان مرحوم شیخ را ما قبول کردیم که از خود آیه صحت بیع فضولی را می توان استفاده کرد. لذا اگر با رضایت مالک تصرفاتی انسان بنماید مثل اکل، شرب، یا تمتعات و انتفاعات دیگر، اگر رضایت مالک جلب شد و تجارت هم واقع شد، این تصرفات ممنوع نیست، لذا در باب فضولی چون تجارت با جلب رضایت مالک است. پس انتفاعات از این ملک بعد از اجازه ممنوع نیست و این مطلب از آیه استفاده می شود.

وجه دیگر برای صحت بیع فضولی با توجه به آیه شریفه

البته در مقابل دوتا وجهی که قبلا برای وصف ذکر شد وجه دیگری هم بیان می شود که در مطول آمده است. توضیح اینکه اصل اولی این است که چیزی که موضوع و مسند الیه قرار می گیرد، عنوان معرف آن، اسم موضوع باشد، مثلاً زید اگر احترام دارد، بگویند زید احترامش لازم است نه وصف یا جهات دیگری که مشیر به زید است. البته گاهی از این اصل اولی که باید اسم معرف موضوع باشد عدول می شود و با وصف معرفی می کنند و این نکته دارد یعنی این بخاطر این است که می خواهند آن محمولی را که روی موضوع رفته علتش را ذکر کنند یا حکمی به تناسب می خواهند بیان کنند و لو آن محمول هم نباشد. مثلاً گاهی می خواهند حکم اهانتی را ذکر کنند برای کسی که حاضر است، لذا می گویند: «ولد الحجّام حاضر» یعنی آدمی که مستحق توهین است اینجاست و نمی خواهند صراحتا بگویند که او اینجاست و یک مرتبه هم ممکن است که پسر پیغمبر یا شخص واجب الاـکرامی حاضر باشد، که برای احترام و تجلیل، اسم برده نمی شود، لذا ذکر وصف خودش از مواردی می تواند باشد که موضوع را بیان کند.

در مانحن فیه که آیه شریفه می فرماید کارهای باطل را کنار بگذارید این معنایش این است که علت حکم را می خواهد بیان کند؛ یعنی کارهایی که بر خلاف عقل و درایت است و باطل می باشد، را کنار گذارید. (لاتَأْکلُوا أَمْوَالَکُم بَیْنَکُم بِالْبَاطِلِ) (۱) یعنی این اموال خودتان را ترک کنید چون اموال شما اموال باطلی است. و در اینجا میزان برای تشخیص باطل و حق، عرف است. یعنی عرف می گوید: این چیز باطل است یا باطل نیست حق است یا حق نیست؛ پس طبق این تقریر آیه شریفه می گوید: این معاملاتی که انجام می دهید، کنار بگذارید و علتش هم عبارت از این است که باطل است. البته (تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) باطل نیست و آن اشکالی ندارد، چون از آن علیت استفاده می شود و «العله یخصّص و یعمّم»؛ که آن چیزی که باطل عرفی است ممنوع است و آن که باطل عرفی نیست و حق عرفی است مجاز است، و بیان شد که با اذن مالک اگر تصرفاتی صورت گیرد این جزء باطل عرفی نیست، همینطور است تصرفاتی که با اجازه مالک صورت گرفته باشد که اینها را نیز عرف باطل نمی داند و حق می داند. و در آنجا که مالک موافقت خودش را اعلام می کند و اجازه می دهد این به طریق اولی مصداق آیه شریفه است چون با توجه بیشتری است و معلوم است که چه چیزی واقع شده است. بنابراین ما از خود آیه برای صحت فضولی استفاده می کنیم.

پرسش...پاسخ: چون که توافق کرده است کشف حکمی آن هم اشکال ندارد.

ص: ۲۳۷

۱- نساء/سوره۴، آیه۲۹.

تقریبی دیگر برای وصف مذکور در آیه شریفه

علماء گفته اند بعضی تعبیرات، آبی از تخصیص است. اگر گفته شود: کارهای ظالمانه انجام ندهید، ظلم مرتکب نشوید. اینجا می گویند این تعبیر، آبی از تخصیص است. اما اگر عرف چیزی را ظلم می داند، این آبی از تخصیص نیست؛ چون وجداناً از این القائات، ظلم واقعی را انسان می فهمد؛ آنکه واقعاً تعدی است. آن است که قابل تخصیص نیست.

این معنا که آیه شریفه بگوید شما کارهای غلط و باطل را ترک کنید این آبی از تخصیص است. چون آدم وجداناً این مسأله را آبی از تخصیص می داند و این علامت این است که انسان از این باطل، باطل واقعی را می فهمد نه باطل عرفی. پس موضوع، باطل واقعی است؛ و طریق برای کشف باطل واقعی در موضوعاتی که محل ابتلا اشخاص است، تشخیص عرف است. البته حجیت تشخیص عرف موقوف به این است که از ناحیه شارع تخطئه ای راجع به عرف نشده باشد.

بنابراین اگر ما (تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) را استظهار کردیم که حدوث تجارت باید از روی رضایت باشد یا بگوییم که تجارت از روی رضایت باید باشد و این اجازه، تجارت مالك نیست، بگوییم (تِجارَةً عَنْ تَراضٍ)آن تجارت عاقد است و با اجازه هیچ وقت تجارت مالك نمی شود اگر این را بگوییم و آیه هم می خواهد بگوید باید تجارت آن کسی که رضایتش معتبر است همان باید تجارت کند، آن ردع می شود نسبت به این فهم عرفی و فهمیده می شود اینکه عرف آنرا حق می دانست درست نیست و باطل واقعی است. و مرحوم شیخ در یکی از بیانات دیگرش درباره نحوه تمسک به عموماتی مانند (أحل الله البیع) (۱) بیانش این بود که ما بیع را بیع عرفی بدانیم آن وقت قهراً هر مواردی را که شرع منع کرده تخصیص می شود برای ادله. و کفایت بنای عقلا، کفایت اقتضائی است یعنی مادامی که ردعی از ناحیه شارع نباشد.

۱- بقره/سوره۲، آیه۲۷۵.

و در ما نحن فیه (تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) ظاهرش این است که رضایت خبرٌ بعد از خبر نیست بلکه قید است و با اجازه هم (تجاره عن تراض) نمی شود و رضایت هم رضایت مالك است قهرا استفاده می شود که این ردع است برای آن حقی که عرف می فهمد .

دوم اینکه اگر هم از این صفت یک نحو علیتی استفاده بشود علیت منحصره استفاده نمی شود. یعنی اعمال و کارهای شما باطل است اما بگوئیم تنها یک مناط برای این ممنوعیت هست، این تنها یک مناط استفاده نمی شود. معروف است که می گویند «لا تأكل الرمان لأنه حامض» (1) هم معمم است هم مخصص. ما می گوئیم معمم هست ولی مخصص بودنش معلوم نیست و استفاده نمی شود که فقط حموضت انحصار برای تحریم دارد، ممکن است که انار یک ملاك و مناط عام داشته باشد که حموضت است ولی ممکن است بعضی از اقسام انار مناط خاصی داشته باشند که این قید آن را نفی نمی کند. حال اگر انحصار را هم ما بفهمیم انحصار مناط عام به حموضت استفاده می شود، ولی بعضی از اقسامش ممکن است یک مناط دیگری غیر از حموضت داشته باشد که به خاطر آن حرام بشود.

حال در بحث ما از اول قید آمد که باطل عرفی شما، ممنوع است، ممکن است باطل غیر عرفی هم بعضی هایش ممنوع باشد شرع دیده ممنوع است نهی کرده. برای مثال در قرآن که اجتناب از خبائث آمده، گفته اند بعضی چیزهایی که عرفا متنفر است، خوردن اینها ممنوع است. آب دماغ کسی ریخته، دیگری بخواهد بخورد، عرف این را تنفر دارد و گفته اند این جزء خبائث است و حرام است. البته مرحوم آقائی خوئی منکر است و ایشان می فرمایند بر اینکه آیه قرآن خبائث را به محرماتی که باید از آنها اجتناب بشود اطلاق کرده است؛ (و یحرّم علیهم الخبائث) (2) و باید از جای دیگر معلوم بشود که خبیث عرفی حرام است یا نه؟

۱- نهایه الافکار، آقا ضیاء الدین العراقی، ج۲، ص۱۱۳.

۲- اعراف/سوره۷، آیه۱۷۵.

ما عرض کردیم که خبائث به معنای محرمات شرعی نیست بلکه خبائث چیزهایی هستند که مورد تنفرند و یکسری مصادیق عرفی دارد و یکسری مصادیق شرعی. بعضی از گناه ها و امثال محرمات چیزهای متنفری هستند که اگر کسی متوجه بشود به واقعیت اینها از آنها اجتناب می کند. بنابراین، هم چیزهایی که متنفر عرفی هستند خبیث اند و باید اجتناب شوند و هم گناه هایی که منکرات شرعی اند باید از آنها اجتناب شود، و بنابراین اگر گفته شد که از باطل های عرفی اجتناب کنید از این استفاده نمی شود که غیر باطلهای عرفی جایز است. شراب خوردن باطل عرفی نیست ولی لا تأکل الباطل بر آن صدق می کند و اینها تخصیص آن ادله نیست. بنابراین در مانحن فیه اگر بخواهیم بگوئیم که نه تنها (تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) حق است و باطل واقعی نیست و هیچی باطل واقعی نداریم و همه چیزهایی که عرف آنها را باطل نمی داند همه شان حق واقعی است، نه این درست نیست و هم چنین استفاده ای نمی شود.

تقریبی جدید برای آیه شریفه ی «لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ» ۹۳/۰۸/۲۱

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: تقریبی جدید برای آیه شریفه ی «لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ»

خلاصه:

حضرت استاد در این جلسه مطالب جلسه گذشته را توضیح می دهند. در ابتدا یک تقریب جدید برای آیه شریفه ی (لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ) بیان کرده و در ادامه اشکالات این تقریب را بیان می فرمایند. و در بین بحث مطالب مهمی مطرح می شود. مانند: «انواع عنوان موضوع»، «نسبت علت حکم با موضوع حکم»، «موارد تبعیت از عرف».

ص: ۲۴۰

تقریب صحت بیع فضولی با توجه به آیه شریفه«لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ»

مطلب اول: عنوان موضوع دو گونه است:

اول: گاهی عنوان موضوع هیچگونه دخالتی در تحقق حکم ندارد. فقط عنوان آمده است برای اینکه موضوع را معرفی کند. مثلا از شما یک مسئله ای را می پرسند شما چون وقت ندارید به دیگری ارجاع می دهید. می گویید «اسئل الجالس» مسئله را از آن آقایی که آنجا نشسته بپرس. عنوان جالس که موضوع برای اسئل است، هیچگونه دخالتی در حکم ندارد. نه حدوثاً نه بقاءً. یعنی اگر این شخص جالس، قائم شد موضوع سوال از بین نمی رود. عنوان جالس، فقط مشیر بود به آن ذاتی که مسؤول عنه می باشد. یا حتی حدوثاً هم دخالت ندارد یعنی اگر تصادفاً شخص مورد اشاره، ایستاده هم بود، باز همین فرد، موضوع برای اسئل است.

دوم: گاهی عنوان موضوع به تناسب حکم و موضوع، خودش علت برای ثبوت حکم است. عنوان، مشیر به علت یا مشیر به موضوع نیست بلکه خودش موضوع است و خودش علت برای حکم است. در «اکرم العالم» عالم احترام دارد لعلمه.

تطبیق: در آیه شریفه «لاـ تَأْکُلُوا أَمْوالَکَمْ بَیْنَکَمْ بِالْباطِلِ» (۱) کلمه «الباطـل» به عرف متعـارف که القاء شود، خودش را موضوع حکم و علت برای حکم می داند. از اکل مال بالباطل اجتناب کنید لبطلانه. مانند العالم در «اکرم العالم».

مطلب دوم: اثبات صحه بیع فضولی

مقـدمه اول: در خطابـات به حسب متعـارف مقصود این است که مخاطب، متوجه شود و عمل کنـد. اما طوری خطاب شود که مخاطب نفهمد، متعارف نیست.

ص: ۲۴۱

۱- نساء/سوره۴، آیه۲۹.

مقـدمه دوم: العله يخصّـِص و يعمّم. هر جـايى كه علت موجود است بايـد حكم باشـد اختصاص به فردى دون فردى پيـدا نمى كند. و اگر علت در بعضى موارد موجود نبود، حكم هم در آنجا موجود نيست.

تطبيق: با توجه به مقـدمه اول، آيه شـريفه كه مى فرمايـد شـما با اسـباب باطل، اكل اموال نكنيـد اين مراد باطلى است كه خود عرف مصاديقش را تشخيص دهد. كأنّ اين طور مى شود «لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل عرفا». باطل عرفى در موضوع حكم، منـدرج مى شود چون اگر يك طورى باشد كه عرف نفهمد، خطابات به حسب معمول لغو مى شود. و باطل عرفى، علت براى حكمِ حرمت اكل اموال مى شود.

و بـا توجه به مقـدمه دوم، كه العله يخصّـِص و يعمّم، حكم دائر مـدار باطـل عرفى است لـذا جائى كه باطل عرفى است حرمت اكـل دارد. آن طرف حقّش هم همين طـور است ، هر جـا كه حق عرفى باشـد حكم هم موجود است؛ چون هر دو طرف بـايد قابل فهم مخاطب باشد. حق عرفى مجازيد، باطل عرفى ممنوع هستيد.

نتيجه اينكه با توجه به آيه شـريفه «بيع فضولى بعد از اجازه» صحيح است چون «بيع فضولى بعد از اجازه» مانند «بيع مأذون» حق عرفى مى باشـد؛ بلكه به طريق أولى حق عرفى است. چون در اذن ممكن است شـخص مأذون باشد ولى مالك از جزئيات كار اطلاع نداشـته باشـد. يك اذن كلى داده «شـما مجازيد چيزى را كه صـلاح مى دانيد انجام بدهيد» و شـخص مأذون يك زمين مناسبى مى خرد. و مولا نمى دانـد يك چنين خريد و فروشـى شده ولى همان اذن عام كه داده، بيع را از باطل بودن خارج مى كنـد و حق عرفى قرار مى دهـد. ولى در مورد اجازه، مالك تفصـيلاً موضوع را بررسـى كرده، فهميـده، ديده صـلاح است بعد موافقت كرده است و اينجا چون بالتفصيل اطلاع دارد به طريق اولى حق عرفى است.

ص: ۲۴۲

بنابراین با توجه به مقدمات بالا آیه دلالت بر صحت بیع فضولی می کند و دیگر مبتنی بر مباحث گذشته نیست که «تجارةً» با تنوین نصب است یا با تنوین رفع. قید است یا خبر بعد از خبر.

اشکال به تقریب صحه فضولی با آیه شریفه

راجع به تقریب بالا دو تا عرض داریم:

عرض اول: آیه شریفه «لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ» مثل «لاتظلموا» می ماند که وِجدانا ابای از تخصیص دارد. پس مراد از باطل، باطل واقعی می باشد. همانطور که از ظلم، ظلم واقعی می باشد، و باطل و ظلم واقعی قابل تخصیص نیستند که بگویند یک جا مجازید یک جا غیر مجاز. در حالی که اگر ما اینها را باطل و ظلم عرفی می دانستیم قابل تخصیص بودند یعنی ممکن بود یک چیزی را عرف، باطل یا ظلم بداند ولی در واقع باطل و ظلم نباشد؛ باطل و ظلم عرفی ابای از تخصیص ندارد. ولی وجداناً از این خطابات که ظلم نکنید، اخذ به باطل نکنید، اباء از تخصیص فهمیده می شود. و این شاهد است بر اینکه مراد، ظلم و باطل واقعی است.

مشخِص باطل واقعی

منتهی مشخِص باطل واقعی و ظلم واقعی در صورتی که از ناحیه مولا ردعی ذکر نشده باشد، چون متعلق خطاب خود عرف است، مشخِص آن هم خود عرف است.

ولی اگر از ناحیه مولا ردعی بیان شد و عرف را تخطئه کرد، یعنی چیزی را که عرف باطل می دانست او گفت من باطل نمی دانم مانند اکل المارّه که عرف باطل می داند ولی شرع باطل نمی داند. یا بالعکس چیزی را عرف حق می داند ولی شرع باطل می داند مانند معاملات مسکرات. در این صورت، آیه و امثال آن تخصیص زده نمی شود بلکه از اول تخصّصاً بعضی از موارد خارج است.

ص: ۲۴۳

حالا- در آیه شریفه ی «إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» فرض کنید که ظاهر رضایت، رضایت مالک باشد، و «عن تراض» هم قید تجارت، و مراد هم حدوث باشد، یعنی موقعی که عقد می خواهد صادر شود باید از روی رضایت مالک باشد یا اگر بقاءً هم مراد باشد، بگوییم بقاءً در باب فضولی «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» محقق نمی شود، با این فروض در باب فضولی آیه شریفه ردع عرف می باشد. چون فضولی خودش خیال می کرده، حق است و باطل نیست ولی شارع او را تخطئه کرد و باید مطابق تخطئه شارع عمل کند. و دیگر باطل و حق عرفی ملاک نیست. لذا بیع فضولی باطل است.

عرض دوم: اگر شارع تخطئه نکرد و تصریح کرد آنهایی که شما باطل می دانید، من هم باطل می دانم و از آنها باید اجتناب کنید؛ حتی تصریح کرد به باطل عرفی، در این صورت آن مسئله «العله یخصّص و یعمّم» اینجا نمی آید.

نسبت علت حکم با موضوع حکم

توضیح عرض دوم این است که نسبت علت حکم با موضوع حکم دو حالت دارد:

حالت اول: گاهی حکم روی موضوع آمده بعد برای این حکم، علتی هم ذکر شده که نسبت آن علت با موضوع، عموم و خصوص من وجه است. به طور مثال «لا- تأکل الرمان لأنه حامض» رمان موضوع قرار گرفته، علتی هم ذکر شده که همان حموضت است، نسبت حامض با رمان، عموم و خصوص من وجه است. بعضی رمان ها غیر حامض است و بعضی حامض ها غیر انار است. اینجا می گویند «العله یخصّص و یعمّم» موضوع را تعمیم می دهد از انار به غیر انار یعنی «کل حامض یجب الاجتناب عنه» و موضوع را تخصیص می زند به انار ترش.

حالت دوم: نسبت علت حکم و موضوع حکم، مساوی باشد مانند «اکرم العالم لعلمه». اینجا علت و موضوع حکم هیچ کدام اوسع از دیگری نیست، از عالم بخواهیم تعمیم بدهیم، به چه چیزی تعمیم بدهیم؟ از علت بخواهیم تعمیم به مافوق علم بدهیم به چه چیزی تعمیم بدهیم؟ اینجا همه عالم ها باید احترام شوند، چون علم جهتی است مشترک، و علت (لعلمه) به موارد دیگری غیر از عالم تعمیم پیدا نمی کند. اما تخصیص که بگوییم موضوع برای وجوب اکرام غیر از عالم، فرد دیگری ندارد و مفهوم بخواهیم اخذ کنیم که حتی هاشمی یا پیرمرد یا خدوم لازم الاحترام نباشد، این از مفهوم شرط استفاده نمی شود. از مفهوم شرط به نحو سالبه کلی استفاده نمی شود پس «العله یخصّص و یعمّم» نه یعمّم اش اینجا مورد دارد و نه یخصّص اش که بتوانیم از آن استفاده کنیم.

تطبیق: در آیه شریفه که شارع مقدس فرمود باطل عرفی را من باطل می دانم لازم الاجتناب می دانم، باطل عرفی با باطل واقعی اتحاد پیدا می کند ولی ملازمه ندارد که حق های عرفی را هم حق بداند. شراب را عرف حق می داند ولی شارع او را حق نمی داند. لذا بیع فضولی که حق عرفی است ملازمه ای ندارد که شارع هم حق بداند پس نمی توان از آیه صحت فضولی را استفاده کرد.

موارد تبعیّت از عرف

مواردی که عرف در آن نقش دارد و باید سراغ عرف رفته و متبع است دو صورت دارد:

صورت اول: شارع به عرف خطابی کرده و بعد از آن سکوت کرده، اینجا عرف از نظر مصادیق و تطبیقات هر چه فهمید، حکم دائر مدار همان است.

صورت دوم: شارع بعد از خطاب، یک تصرفی در فهم عرف کرده، بعضی از مصادیق را که عرف نمی فهمد، آمده داخل کرده گفته این هم یا مصداق است یا حکم را برده روی آن. اینجا چیزهایی را که عرف مصداق می داند، شرع تخطئه نکرده و فقط یک چیزهایی را که عرف مصداق نمی داند، آمده ضمیمه کرده، در این صورت هم راجع به آن مصادیق عرفی که شرع تخطئه نکرده و اثباتاً و نفیاً چیزی نگفته، ما به عرف رجوع می کنیم. اگر گفتند «اجتنب عن القذر» هم قاذورات عرفیه که شرع تخطئه نکرده را شامل است و هم چیزهایی را که خود شرع قذر دانسته شامل است. مانند شراب. در این صورت به خاطر بیان شارع، موضوع حکم شرعی از موضوع عرفی اوسع می شود. ولی مصادیق عرفیه هم محفوظ است و تحت عام داخل است چون تخطئه در کار نیست.

کلام مرحوم آقای خویی در مساله اجتناب از خبائث

مسئله ی اجتناب از خبائث، که در قران شریف آمده (وَ یُحَرِّمُ عَلَیْهِمُ الْخَبائِثَ) (۱) عده ای گفتند آیه شریفه شامل خبائث عرفیه هم می شود و برای حرمت خبائث عرفیه به آیه استدلال کرده اند. ولی آقای خویی می فرمود: خبائث در آیه یعنی محرمات شرعیه و شامل خبائث عرفیه نمی شود. حالا فرض کنید آب دماغی که زمین ریخته کسی بخواهد بخورد، عرف خبیث می داند ولی این باید از جای دیگر حرام بودنش ثابت شود تا بگوییم مصداق برای این آیه است و خود همین آیه، مصداق خودش را تعیین نمی کند .

۱- اعراف/سوره۷، آیه۱۵۷.

ردّ کلام مرحوم آقای خویی

مصادیقی که عرف خبیث می دانـد و شارع تخطئه نکرده و فقط بعضـی از مصادیق را که عرف خبیث نمی دانـد، ملحق کرده، در این صورت بایـد از خبائث عرفی و شـرعی، از هر دو اجتناب کرد و همین که برای اکل خبائث عرفی به آیه قرآن اسـتدلال شده، صحیح است ولو غیر از خبائث عرفی، خبائث شرعی هم مثل قمار و زنا داشته باشیم.

بررسی روایت«لاتبع مالیس عندک»برای بطلان فضولی ۹۳/۰۸/۲۵

.Your browser does not support the audio tag

بررسی روایت «لاتبع مالیس عندک» برای بطلان فضولی

خلاصه درس: حضرت استاد در ابتداء به ادامه بررسی سند روایت حکیم بن حزام می پردازند و در ادامه احتمالات مختلفی که در روایت متصور است را بیان می کنند و در پایان اشکال اول مرحوم شیخ به این روایت بررسی می شود.

اصطلاح «نبوی»

در عرائضـی که بنده دیروز عرض کردم، یک اشتباهی واقع شده است. بنده خیال می کردم آن روایاتی که حسین بن زید (۱) از حضـرت صادق (علیه السـلام) نقل کرده انـد، نبوی نیست، ولی بعد که مراجعه کردم، دیدم که آنها هم از پیغمبر (صـلی الله علیه و آله) نقل می کنند. و اگر ما در اصـطلاح به «نهی النبی صـلی الله علیه و آله عن بیع ما لیس عندک» نبوی بگوییم، هم از طرق امـامی و هم از طرق عـامه نبوی حساب می شود. و در این صورت نبوی بودن این روایت، غیر از آن فرمایش کلی است که حضـرت فرموده است: هر آنچه که مـا می گوییم، از طریق آباء و اجـداد ماست. و نبوی بودن به این معنای دوم، بر خلاف مصـطلح می باشـد. و با توجه به معنای اول، این روایتی که حسـین بن زیـد یا سـلیمان بن صالـح از امام (علیه السـلام) نقل می کنند، نبوی مصطلح است.

ص: ۲۴۷

۱- یا سلیمان بن صالح

ظاهر از «المستفیض» در عبارت مرحوم شیخ

اشـکالی که به مرحوم شـیخ می توان عرض کرد این است که ظـاهر کلاـم ایشـان این است که همین جمله ای که حضـرت به حکیم بن حزام فرموده است (۱) ، مسـتفیض است، در حالی که این فرمایش حضـرت، فقط به یک طریق ضعیف ثابت است و لذا نمی توان آن را مسـتفیض دانست. البته [صـریح] لسان مرحوم شیخ عبارت از این نیست که جمله ی« لاتبع ما لیس عندک» مسـتفیض باشـد، بلکه ظاهر فرمایش ایشان این است که این جمله مسـتفیض است و احتمالاً مسامحه در تعبیر باشـد و شاید نظر مرحوم شیخ این باشد که اصل این مطلب مستفیض است، نه خود این عبارت.

در هر صورت نمی توان گفت که چون سه طریق برای اثبات این مطلب از پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) وجود دارد، پس این خبر مستفیض است. اگر بر فرض هم در صورت وجود سه طریق برای روایت، در اصطلاح به آن مستفیض گفته شود، ما مناقشه نمی کنیم چون اصطلاح است. ولی برای جبران ضعف خبر و اطمینان آور بودن آن، نمی توان به این مطلب استناد کرد که خبر مستفیض است و چند نفر آن را نقل کرده اند. و اشکالاتی که دیروز عرض کردیم اینجا می آید.

شما فرض کنید اگر سه نفر -که هر کدام به تنهایی قابل اعتماد نیستند- یک مطلبی را نقل بکنند انسان اطمینان پیدا کند که یکی از اینها درست است، اشکالی ندارد و ما آن را قبول می کنیم. مثلاً اگر سه نفر از پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) یک مطلبی را نقل کنند، می گوییم که این مطلب درست است و هر سه راست گفته اند، زیرا امر دائر مدار این است که یا هر سه دروغ گفته باشند یا هر سه راست گفته باشند. هر کدام از این سه نفر هم می گوید که پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) این طور گفته است و مفاد کلام هر سه یک چیز است و قهراً یا هر سه راست است یا هر سه دروغ است و چون عادتاً نمی شود که هر سه دورغ باشد، پس هر سه راست است. در اینجا مطلب صحیح است، ولی در صورتی که سه نفر با واسطه از پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) نقل می کنند، آنچه که ما به آن اطمینان پیدا کنیم، عبارت از این است که یکی از اینها درست گفته است. در نتیجه یکی از این ها که نقل با واسطه کرده است، درست گفته است، ولی ثابت شدن یکی از این ها برای ما فایده ای ندارد. مثلاً اگر معین شد که یوسف بن ماهك از حکیم بن حزام درست نقل کرده است، نتیجه این می شود که حکیم بن حزام این حرف را گفته است و خلاصه فوقش این است که یکی از این ها بلاواسطه از پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) نقل کرده است که این فایده ای ندارد؛ چون فرض این است که تک تك اینها معتبر نیستند، پس باید هر کدام از این ها از هر سه نقل کرده باشند که در نتیجه بتوان گفت که یکی از این ها(با واسطه ها) که درست نقل کرده باشد پس هر سه ی بلاواسطه ها هم نقل کرده اند. هر سه (بلاواسطه ها)هم اگر نقل کرده باشند، طبق مبنای بالا یکی از آنها درست می شود. (و می توان چنین روایتی را معتبر دانست).

ص: ۲۴۸

-۱

ولی در مورد بحث ما (که هر کدام از راوی های با واسطه، جداگانه از سه نفر نقل نکرده اند)، ما نمی توانیم اعتبار خبر را به وسیله استفاضه نتیجه بگیریم.

بحث دلالت روایت

احتمال بدوی از «لا تبع ما لیس عندک»

متفاهم ابتدائی عرفی از «لاتبع ما لیس عندک» عبارت از این است که این جمله کنایه است بر این که «چیزی را که قدرت بر آن نداری، نفروش» ولی تصورات و احتمالات دیگری هم در این روایت وجود دارد.

تصورات مختلف در روایت

مطلب اول : چند تصویر برای علت« لاتبع»

تصویر اول: عدم قدرت تکوینی.یعنی نهی وارد شده در این روایت، راجع به این است که قدرت تسلیم، یکی از شرایط بیع است، و در نتیجه اگر قدرت بر تسلیم نداشتید، بیع باطل خواهد بود. قهراً با این احتمال، این روایت ارتباطی به مورد بحث ما — که عبارت از فضولی است- نخواهد داشت.

تصویر دوم: عدم قدرت تشریعی.یعنی اگر تمکن تشریعی نداری، نباید بفروشی.

تصویر سوم: عدم قدرت تکوینی یا تشریعی(احدهما)

تصویر چهارم: عدم قدرت تکوینی و تشریعی (مجموع الامرین)

تصویر دوم ارجح است

این چهار احتمال بدوی در این روایت هست، ولی بعد از یک ملاحظه ی فی الجمله، به نظر می رسد که این گونه خطابات ناظر به موارد معمول و متعارف برای اشخاص است. البته ممکن است که کسی راجع به یک فرض غیر متعارف سؤال کند و انسان جواب او را بدهد، ولی این گونه خطابات مُنَزَّل به موارد محل ابتلاء، معمول و متعارف است. اگر یک موردی به صورت متعارف تحت قدرت کسی نباشد، مثل جابجایی کوه، به او نمی گویند که این کوه را جابجا نکن! چنین خطابی بر خلاف متعارف است و معمولاً خطابات راجع به اموری است که معمولاً اشخاص با آن ها سر و کار دارند.

بنابراین، در بین این احتمالات، به نظر می رسد که احتمال ارجح، عدم قدرت تشریعی باشد، به این معنی که وقتی شخص تمکن تشریعی و سلطه نسبت به چیزی ندارد، نباید آن را بفروشد.

مطلب دوم: بیع شخصی منظور است یا کلی

صورت اول: بیع شخصی

بحث دیگر عبارت از این است که آیا مراد از «لاتبع ما لیس عندک»، یک بیع شخصی است؟ مثل این که یک قالی در مغازه ی زید برای فروش گذاشته شده است. یک شخصی از این قالی خوشش می آید و به دلال می گوید: من می خواهم مالک این قالی بشوم. دلال هم می گوید: من این قالی را به تو می فروشم و یک ساعت دیگر آن را از مالکش خریداری نموده و به تو تحویل می دهم. او هم می گوید: عیبی ندارد. به حسب متعارف هم قدرت بر تسلیم آن دارد.

صورت دوم: بیع کلی

گاهی هم به صورت کلی می خواهد بفروشد که این فرض هم دارای صور مختلفی است.

سه تصویر برای کلی

تصویر اول: یکی از صور عبارت از این است که کلی است ولی کلی مالک دارد مثلاً زید از عمرو یک خروار گندم یا یک قالی سه در چهار با مشخصات خاصی را طلب دارد و ما این یک خروار گندم یا قالی را بخواهیم به شخصی بفروشیم و بعد آن را از زید خریده و تحویل خریدار خودمان بدهیم، که حضرت با جمله ی «لاتبع ما لیس عندک» می فرمایند که این کار را نکن.

تصویر دوم و سوم(فروش کلی به صورت سلف یا حال): صورت دیگر هم این است که شخص مالک بالفعل نیست، ولی این سلطنت را دارد که به ذمّه ی خودش بکشد و خودش را بدهکار بکند و دیگری را مالک قرار بدهد. مثلاً من می توانم یک خروار گندم به زید بفروشم و قهراً خودم را نسبت به یک خروار گندم، بدهکار زید بکنم، یا اینکه به صورت سلف بفروشم و یا به صورت حالّ بفروشم. بالأخره این کار تحت قدرت من است.

خلاصه اینکه ما نمی دانیم این روایت صورت شخصی را می گوید، یا صورت کلی را می خواهد بگوید؟ اگر هم به کلی اشاره دارد، آیا همه اقسام آن را می خواهد بگوید، یا بعضی از اقسامش را؟

اختیار مرحوم شیخ: بیع شخصی

همه ی این احتمالات ثبوتاً قابل تصویر هست، ولی مرحوم شیخ از بین این احتمالات، خصوص ملک شخص را اختیار نموده است . مثلاً یک قالی در مغازه ی قالی فروشی وجود دارد و این روایت می گوید که تا خودت مالک آن نشدی، آن را به دیگری نفروش. این صحیح نیست که این قالی را قبل از مالک شدن به دیگری بفروشی و بعد بروی و آن را بخری و به خریدارت تحویل بدهی، این کار را نکن! این کار ممنوع است و صحیح نمی باشد.

اشکال به مرحوم شیخ: تصویر اول کلی را شامل است

مرحوم شیخ این را می فرمایند، ولی به نظر می رسد که وجهی برای اختصاص این روایت به بیع شخصی وجود ندارد و چه اشکالی دارد که شامل این مورد کلی بشود که یک کسی یک قالی سه در چهار از قالی فروش طلب دارد و ما بخواهیم این کلی را به کسی بفروشیم و بعد هم آن را از مالکش خریده و تحویل بدهیم؟! بنابراین، «لاتبع ما لیس عندک» شامل این مورد هم می شود.

ص: ۲۵۱

تصویر دوم و سوم کلی را شامل نیست

آن دو صورت دیگر که مالک بالفعل ندارد ولی تحت سلطه من است که خودم را مدیون و دیگری را مالک کنم، ظاهراً مراد از «لا تبع ما لیس عندک» به این کلیت نیست. اگر ما از شخصی تعدی کنیم می گوییم آنجایی که مالک دارد حالا یا مالک شخصی یا کلی، تو حق نداری و «لا تبع ما لیس عندک» .

پرسش: کأنّ تعبیر به «ما لیس عندک» اشاره به چیزی است که تو مالک آن نیستی؟

پاسخ: البته برخی چیزها هم هست که هر چند مالک ندارد، ولی در اختیار من هم نیست مثل اراضی مباحی که مالک ندارد و در اختیار شخص خاصی نیست و همه در استفاده از آن متساوی اند. «لاتبع ما لیس عندک» شامل این گونه موارد هم می شود با اینکه مالک ندارد.

بنابراین به نظر می رسد که اگر ما دلیل خارج نداشته باشیم، مراد از این روایت عبارت از این است که اگر انسان نسبت به چیزی سلطه نداشت و عرفاً اختیاردار آن نبود، نباید آن را بفروشد و روایت می گوید که این کار را نکن. خلاصه اینکه تا وقتی آن شیء را حیازت نکرده ای یا از مالک اش نخریده ای، نباید این کار را بکنی.

عدم اختصاص روایت به بیع کلی به صورت حالّ

اولا:بعید است که استعمال لفظی این روایت، اختصاص به بیع کلی حالّ داشته باشد.

ثانیا: بعید است که از باب تقیّه صادر شده باشد. البته سنی ها گویا می گویند: اگر کسی خودش چیزی نداشته باشد و بخواهد به صورت حالَ یک کلی بفروشد، صحیح نیست، ولی به صورت سلف اشکالی ندارد.

توضیح موارد مختلف تقیه در روایات

مورد اول: در بیان تقیه نشده است

در بسیاری از موارد تقیه، حِقناً لدماء الاشخاص، یک تکلیفی برای آنها ذکر شده است و آن ها هم شرعاً به عنوان ثانوی مکلف اند که آن کار را انجام بدهند. به عبارت دیگر از باب تقیه و عندالاضطرار مثلًا باید نماز در اول استتار قرص خوانده شود و حکم واقعی مسئله هم عبارت از همین است و عدالت و امثال آن هم در اینجا شرط نیست و عند الاضطرار، حکم واقعی الهی همین است و در بیان تقیه نشده است. این یک نوع تقیه است که هیچ اشکالی هم ندارد و در روایات هم وارد شده است،

مورد دوم: تقیه در بیان

ولی گاهی تقیه در مقام بیان است و امام (علیه السلام) حکم الهی را طبق قانون اولی بیان نمی کند و به جهت خطر به شکل دیگری بیان می فرماید. البته تقیه در بیان هم دو جور است: گاهی به صورت توریه است، و یا لفظ به صورت مجمل ذکر می شود و مبیّن نیست که این قسم از تقیه، معمول و متعارف در بین تقیه هاست. مثل این که وقتی شخص از تعیین عید فطر سؤال می کند، حضرت می فرماید: «ذاک الی الامام»، یعنی این وظیفه ی امام است، ولی مقصود و مراد از امام را بیان نمی فرمایند که چه کسی است. و خلیفه تصور کرد که منظور او بوده است.

ولی این که حضرت بخواهد در مقام تقیه از دروغ صریح استفاده بکند، خیلی مؤونه می خواهد که ما در روایات به چنین چیزی قائل شویم، بخصوص که این روایت از پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) نقل شده است و ایشان هم تقیه نمی کرده است و باید بگوییم که امام صادق (سلام الله علیه) تقیه کرده و این مطلب را به پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) نسبت داده است. بنابراین این احتمال تقریباً خیلی بعید است و نمی شود ملتزم به آن بشویم.

پرسش: این احتمال در روایت هست که مربوط به بیع قبل از قبض باشد، یعنی چیزی را که قبض نکردی، نفروش. روایتهای مختلفی هم است که در آن از هم چنین چیزی نهی شده است؟

پاسخ: دلیلی بر این مطلب نداریم. چون مورد روایت این نیست و لذا اختصاص دادن روایت به این مورد وجهی ندارد. و ما نمی توانیم این مطلب را به پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) نسبت بدهیم. و خلاصه اینکه قبض شرطیتی در ملکیت ندارد و حتی قبل از قبض هم می شود شیء را فروخت و باید کلام ما بر قواعد و فتاوا تطبیق بکند و نباید فرض ما بر خلاف آن ها باشد. «لاتبع ما لیس عندک» می گوید که اگر تو مالک نیستی و قدرت تشریعی بر چیزی نداری، نباید آن را بفروشی!

اشکالات مرحوم شیخ

حال بحث ما در این است که آیا ما می توانیم به این روایت برای بطلان فضولی استدلال بکنیم یا نه؟ مرحوم شیخ تقریباً سه اشکال بیان می کند ، هر چند که شکل فرمایش ایشان دو اشکال است.

اشکال اول مرحوم شیخ: این روایت و مشابهاتش مربوط به «بیع لنفسه» است و ارتباطی به مورد بحث ما که « بیع للمالک» است، ندارد. اگر ما «بیع لنفسه» را باطل دانستیم، ملازم با این نیست که «بیع للمالک» را صحیح بدانیم. نباید این مسئله خلط بشود.

ان قلت: اگر بحث ما راجع به «بیع لنفسه»است، نه «بیع للمالک»، پس چرا در بین نه روایتی که مرحوم مرحوم مرحوم مرحوم شیخ برای صحت فضولی به آن ها استدلال کرده است، سه روایت مربوط به «بیع لنفسه» است؟ که یکی از آن ها هم روایت محمد بن قیس است، مربوط به «بیع لنفسه» می باشد.

قلت:به نظر ما آوردن آن سه روایت در آن جا اشکالی ندارد، ولی در اینجا نمی شود به این روایت تمسک کرد. بحث در آنجا عبارت از این بود که اگر قرار شد «بیع لنفسه» با اجازه ی مالک برای خود مالک قرار بگیرد، به طریق اولی اگر برای مالک فروخته باشد و مالک اجازه بدهد، معامله برای مالک صحیح خواهد بود. ولی در ما نحن فیه می خواهیم از عدم صحت «بیع لنفسه» حتی با اجازه مالک برای مالک و عدم وقوعش برای مالک، استفاده کنیم که اگر از ابتداء هم برای مالک فروخته شده باشد، باز هم صحیح نخواهد بود.

به عبارت دیگر، از صحت «بیع لنفسه»، صحت«بیع للمالک» استفاده می شود، ولی از بطلان «بیع لنفسه»، بطلان «بیع للمالک» استفاده نمی شود.

پس بنابراین طبق فرمایش مرحوم شیخ، مورد روایت «بیع لنفسه» است، منتهی ایشان بیان نکرده است که چرا «بیع لنفسه» است و از کجا ایشان چنین استظهاری کرده است؟

فرمایش آقای خوئی

آقای خوئی تعبیر می کند که از مورد روایت چنین استظهاری می شود ، زیرا در روایت حکیم بن حزام، مورد روایت عبارت از این است که قصد شخص عبارت از این بوده است که یک پولی از جانب مشتری نصیب خود او بشود و با فروختن این شیء نفعی عائد او بشود نه اینکه سودی به مالک اصلی برسد. البته ما عرض کردیم که نظر مرحوم شیخ این نیست و این مطلب را ایشان از محل مورد روایت استظهار کرده است.

ص: ۲۵۵

آقای خوئی در ادامه می گوید: اگر شما استظهار را هم قبول نکردید، باید اجمال را قبول کرده و بگویید که روایت اجمال دارد که آیا «بیع لنفسه» است یا اعم از آن و للمالک است؟

البته مرحوم شیخ از ابتداء فرض را بر «بیع لنفسه» قرار داده است، و آقای خوئی اول استظهار کرده که اختصاص به بیع لنفسه دارد ولی با توجه به اینکه ممکن است کسی این اشکال را مطرح کند که سؤال مخصص نیست و چرا شما روایت را به یک مورد خاص اختصاص دادید؟ ایشان بر فرض این اشکال هم جواب داده است. ولی دیگر بیان نکرده است که چرا با این که مورد مخصص نیست بیع لنفسه می باشد.

ولی عرض ما این است که با توجه به اینکه مورد مخصص نیست، چرا ایشان چنین استظهاری را کرده است که مورد روایت «بیع لنفسه» می باشد.

ادامه بررسی روایت حکیم بن حزام ۹۳/۰۸/۲۶

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: ادامه بررسی روایت حکیم بن حزام

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه به ادامه ی بررسی دلالت روایت حکیم بن حزام پرداخته و راجع به بیع لنفسه یا بیع للمالک بودن روایت بحث می فرمایند. و نظر مرحوم آقای خوئی و منشأ استظهار مرحوم شیخ را مطرح می نمایند و در ادمه سه اشکال از مرحوم شیخ به اصل استدلال به این روایت برای بطلان فضولی را مورد اشاره قرار می دهند.

دلالت روایت حکیم بن حزام: لنفسه یا اعمّ از لنفسه و للمالک؟

حکیم بن حزام سؤال کرده است که آیا من می توانم یک چیزی را که ملک دیگری است، به شخصی بفروشم و بعد از مالکش خریداری نموده و به مشتری تحویل بدهم؟ حضرت در جواب او می فرمایند: «لاتبع ما لیس عندک». مورد در این روایت، بیع لنفسه است. و مورد بحث ما در بیع فضولی این است که شخص چیزی را برای مالک می فروشد و ثمن هم به مالک می رسد، منتهی اختلاف در این بود که آیا این معامله - که بدون اذن مالک بوده است- با اجازه ی بعدی تصحیح می شود یا نه؟ اگر این روایتی که ذکر شد، مربوط به خصوص بیع لنفسه باشد، قهراً از مورد بحث ما خارج خواهد بود. لذا باید این مسئله روشن شود که آیا مورد سؤال در روایت حکیم بن حزام، موجب اختصاص جواب به آن می شود یا این که جواب به مورد سؤال اختصاص پیدا نمی کند و صورتی را هم که شخص برای مالک می فروشد، شامل می شود و در نتیجه اطلاق روایت اقتضاء می کند که اگر شخص برای مالک هم بفروشد، چه با اجازه و چه بدون اجازه، فایده ای نداشته باشد. بنابراین، باید ببینیم که چنین اطلاقی وجود دارد یا این که جواب، مُنزَّل به مورد سؤال می باشد.

ص: ۲۵۶

نظر مرحوم آقای خوئی و توضیح نظر ایشان

آقای خوئی به قرینه سؤال، جواب را محدود به مورد سوال کرده است.

توضیح کلام مرحوم آقای خویی با ذکر مثال: البته تردیدی نیست که گاهی اوقات، جواب بر اساس سؤال محدود می شود مثل این که بنده بخواهم خانه ام را به یک میلیارد تومان به زید بفروشم، و از شخصی راجع به این کار سؤال کنم. و آن شخص در جواب بگوید: «نفروش». در این مثال متعلق «نفروش» ذکر نشده است و سکوت از متعلق، ظاهر در این است که مورد سؤال با تمام خصوصیاتی که دارد، در نظر گرفته شده است. در نتیجه متعلَّق «نفروش» عبارت است از «خانه ی من که قیمت اش یک میلیارد تومان است و مشتری هم زید است».

تطبیق: در روایت شخص سؤال کرده است که آیا می توانم چیزی را که ملک دیگری است، بفروشم و بعد آن را از مالک خریداری کرده و به مشتری تحویل دهم و ثمن آن نصیب من بشود؟ حضرت در جواب می فرمایند: «اگر مالک نیستی، نفروش». آقای خوئی چنین استظهار می کند که چون در جواب خصوصیاتی ذکر نشده، به همان مورد سؤال اکتفاء گردیده است. و به قرینه سوال می فهمیم که بیع لنفسه مراد است. و در ادامه می فرمایند اگر هم چنین استظهاری را نپذیریم و تنزل کنیم، جواب مجمل خواهد بود به این معنی که نمی دانیم جواب حضرت ناظر به آن خصوصیات و بیع لنفسه است یا اعم از بیع لنفسه و بیع للمالک می باشد؟ و در صورتی که مجمل شد، دیگر صلاحیت معارضه با اطلاقات ادله ی صحت عقود را نخواهد داشت.

ص: ۲۵۷

دو نقد بر کلام مرحوم آقای خویی

نقد اول: مورد سوال و جواب دو صورت دارد:

صورت اول: اگر در جواب هیچ چیزی درج نشده باشد، جواب مُنزَّل به مورد سؤال می شود، مانند همان مثالی که نسبت به فروش خانه ذکر کردیم، که در پاسخ بگوید «نفروش» .

صورت دوم: ولی اگر مجیب مقداری از سؤال را در جواب درج کرد و مثلاًـ گفت: «خانه ات را نفروش» ظاهر این جواب این است که اصلاً نمی خواهد خانه فروخته شود. در این جواب، صحبت از فروختن به زید و مقدار قیمت فروش خانه نیست، بلکه جواب ظهور در این دارد که از نظر مجیب، اصل فروش خانه منفی است، زیرا اکتفاء به سؤال قبلی نکرده است و یک مقداری از سؤال را در جواب درج کرده است. بنابراین در چنین مواردی که یک مقداری از سؤال در جواب درج شده است و قیود و مشخصات دیگر ذکر نشده است، اطلاق پیدا می کند که خانه ات را نفروش، نه این که خانه ات را به این قیمت و به این شخص نفروش. در نتیجه این جواب اختصاص به مورد سؤال پیدا نمی کند.

تطبیق: بنابراین در این روایت که مقداری از سوال در جواب درج شده است، مورد سؤال نمی تواند مخصص و مقید جواب باشد و ممکن است که ما اخذ به اطلاق جواب کرده و بگوییم که اگر انسان مال دیگری را بفروشد، چه برای خودش و چه برای مالک، در هر دو صورت ممنوع است.

نقد دوم: مرحوم شیخ بیع لنفسه را از قرینه سؤال استظهار نکرده است. ایشان قبل از این که مورد نزول این روایت را بیان کند، می گوید که مراد از این روایت بیع لنفسه است، و راجع به روایت های دیگری هم که اصلاً شأن نزول ندارد، همین مطلب را بیان فرموده است. و پیداست که این استظهار ایشان به قرینه ی شأن نزول نیست.

ما عرض کردیم که ذاتاً فروش ملک دیگری ممنوع نیست، بلکه فروش بدون اجازه و توکیل ممنوع است، والا اگر توکیل یا إذن باشد، اشکالی ندارد. در این روایت هم اگر فرمایش حضرت راجع به ملک دیگری بود، قاعده اش این بود که حضرت بفرماید: «ملک دیگری را تا إذن نداده است، نفروش». ولی با توجه به این که حضرت اشاره ای به إذن نکرده است، روایت راجع به موردی است که شخص ملک دیگری را برای خودش بفروشد تا ثمن نصیب خود او شود. و لذا مرحوم شیخ قائل به این شده است که این روایت و امثال آن ظهور در بیع لنفسه دارد و قرینه ی سؤال در کلام مرحوم شیخ مطرح نیست.

پرسش: آقای خوئی هم از قرینه ی سؤال این مطلب را استظهار نمی کنند، بلکه از کلمه «لاتبع» این مطلب را استفاده می کنند؟

پاسخ: در این تقریری که از ایشان در دست من است، تعبیر به «بقرینه السؤال» شده است.

پرسش: در یک تقریر دیگر این مطلب را از «لاتبع» استفاده می کند؟

پاسخ: تعبیر ایشان این است: «لأنّ الظاهر منه بحسب صدره إراده بیع شی ء لنفسه». بنده طبق این عبارتی که از ایشان نقل شده است، اشکال می کنم. اشکال بنده به این عبارت ایشان است که می گوید: به قرینه ی سؤال چنین چیزی استظهار می شود و در ادامه می فرماید اگر هم این ظهور را قبول نداشته باشید، اجمال وجود دارد و در صورت اجمال هم نمی شود به آن تمسک کرد. بنابراین طبق این تقریری که در دست ماست، آقای خوئی به این مطلب تصریح کرده است که «بقرینه الصدر» چنین چیزی استظهار می شود.

سه اشکال شیخ به اصل استدلال به این روایت

شیخ سه اشکال به استدلال به این روایت، برای بطلان فضولی ذکر می کند :

اشکال اول: این روایت راجع به مورد بحث ما نیست، زیرا بحث ما راجع به بیع للمالک است، در حالی که این روایت از بیع لنفسه نهی کرده است.

اشکال دوم: از این روایت حتی برای بطلان بیع لنفسه هم نمی توانیم استفاده بکنیم، زیرا بحث در بیع لنفسه – که بعداً به آن خواهیم پرداخت- راجع به این است که اگر شخصی چیزی را برای خودش فروخت، در صورتی که مالک بعداً اجازه بدهد، آیا این بیع برای مالک واقع می شود یا نه؟ ولی این روایت راجع به این است که مقصود بایع عبارت از این باشد که با فروش این شیء، ثمن داخل در ملک خودش بشود، نه داخل در ملک مالک. و لذا از این روایت برای بطلان بیع لنفسه (که با اجازه مالک بخواهد برای خود مالک واقع شود) هم نمی توان استفاده کرد.

مرحوم آقای خوئی: اگر اعم هم باشد فایده ای ندارد

آقای خوئی در اینجا مطلبی اضافه نموده و می فرمایند که اگر ما این روایات را اعم از بیع لنفسه و بیع للمالک هم بدانیم و طبق آنچه که قبلاً عرض کردیم، بگوییم که مورد، مخصص و مقید نیست و شامل بیع للمالک هم باشد، مع ذلک باز هم نسبت به مورد بحث ما – بطلان فضولی - فایده ای نخواهد داشت، زیرا تا زمانی که مالک اجازه نداده است، چون بیع فضولی است، شما بفرمایید که منفی است، ولی زمانی که مالک اجازه داد، دیگر بیع ما عنده بوده نه بیع مالیس عنده و صحیح خواهد بود. و بعد از اجازه دیگر عنوان «بیع مالیس عنده» بر آن منطبق نمی کند، بلکه عنوان «بیع ما عنده» بر آن تطبیق می کند و بیع صحیح خواهد بود.

ص: ۲۶۰

حوم شیخ چون این فرض عام را قبول نداشته است، بر اساس آن بحثی نکرده است، البته شیخ قبلاً در بحث «إِلّاَ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» (۱) که به این آیه برای بطلان بیع فضولی استدلال شده بود، فرمود ما می توانیم به همین آیه برای صحت یع فضولی استدلال کنیم. با این بیان که بیع فضولی، بعد از اجازه ی مالك، بیع عن رضیً خواهد بود و آیه ی «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» بر آن صدق نموده و حکم به صحت آن می شود.

فرمایش شیخ در بحث «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ»، فرمایش متینی است، ولی به نظر می رسد که نظیر آن مطلب را نمی توانیم در این روایت بیان کنیم، زیرا آیه می فرماید که برای خوردن اموال دیگران، باید «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» باشد، و در غیر این صورت جایز نیست و اشکال دارد. مورد بحث در این آیه که راجع به قبل از اجازه نیست، بلکه راجع به بعد از اجازه می باشد. و می فرماید که بعد از اجازه اکل شما ممنوع نیست و شما مجاز به خوردن اموال دیگران هستید، زیرا آنها رضایت دارند. بنابراین این آیه دلیل اثباتی بر صحت معامله است، ولی روایت «لاتبع ما لیس عندك» مفهوم ندارد که اگر «ما عنده» شد، مطلقاً اشکالی ندارد، بلکه می فرماید: «بیع مال دیگری ممنوع است». ولی مال خود انسان که شد ممکن است که شرایطی در بیع آن معتبر باشد. و در مقام بیان این مطلب نیست که اگر چیزی مال خود انسان بود، دیگر هیچ شرطی برای بیع وجود نخواهد داشت، بلکه روایت می گوید که یکی از شرایط بیع، عبارت از این است که آن شیء مال خود انسان باشد و ممکن است شرایط دیگری هم برای بیع وجود داشته باشد. خلاصه اینکه «ما عنده» بودن سببیت برای صحت بیع ندارد و ممکن است شرایط دیگری هم معتبر باشد.

ص: ۲۶۱

۱- نساء/سوره۴، آیه۲۹.

در مورد روایت «لاتبع ما لیس عندک»، شخص نمی خواهد بگوید که من نسبت به این شیء ولایت دارم و چه مالک اجازه بدهد و چه اجازه ندهد، من می خواهم این کار را بکنم، بلکه هدف این شخص این است که این شیء را بفروشد و بعداً برود و از مالک اجازه بگیرد تا کار تمام شود. روایت می فرماید که اگر مالک چیزی نیستید، آنرا نفروشید. و این که ملک دیگری را بفروشید و بگویید که بعداً اجازه می گیرم، فایده ندارد و صحیح نیست.

دلیل نافی می گوید که چنین کاری باطل است، اگر هم «ما عنده» باشد، باز هم اطلاقی نیست تا بگوییم که صدر و ذیل با هم تنافی دارد. صدر می گوید که چنین چیزی ممنوع است، ذیل هم منافاتی با آن ندارد و قهراً نتیجه بطلان معامله خواهد بود.

بر خلاف مورد آیه ی «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» که مصبِّ آیه از ابتداء راجع به بعد از اجازه است که می فرماید: ترتیب اثر دادن به عقد در این صورت اشکالی ندارد.

بنابراین به نظر می رسد که اگر اطلاقِ این روایت شامل بیع للمالک بشود، دلیل بر عدم صحت این معامله خواهد بود، منتهی طبق فرمایش شیخ، چنین اطلاقی وجود ندارد. و همین درست است.

اشکال سوم:

شیخ در ادامه می فرمایند که اگر هم بر فرض اشکالات قبلی را کنار گذاشته و بگوییم: «لاتبع ما لیس عندک» دلالت بر این مطلب دارد که حتی اگر هم شما چیزی را برای مالک بفروشی، فایده ای ندارد و اجازه ی مالک هم مفید نیست، ولی باید به این نکته توجه داشته باشیم که این دلالت بالصراحه نیست، بلکه بالعموم است و عموم این قضیه بیع للمالک با اجازه ی مالک را شامل شده و این فرد را نفی می کند، ولی ادله ای که ما قبلاً برای صحه فضولی ذکر کردیم، خصوص همین مورد بود که شخص برای مالک می فروشد، و با اجازه ی بعدی او تصحیح می شود. در نتیجه، آن ادّله ی خاص، این دلیل عام را (علی فرض العموم)، تخصیص می زند و در نتیجه صحت این قسم از فضولی اثبات می شود.

ص: ۲۶۲

اشکال ابتدایی به مرحوم شیخ و آقای خویی

آقای خوئی در تقریب این کلام شیخ برای دلیل خاص به صحیحه ی محمد بن قیس مثال زده و می فرماید : این صحیحه، دلیل عام را تخصیص می زند و بیع فضولی را تصحیح می کند. ولی در صحیحه ی محمد بن قیس، پسر مالک جاریه را برای خودش فروخته و پول آن را برداشته است و قصدش این نبوده است که جاریه را برای مالک بفروشد. خلاصه این صحیحه مربوط به بیع لنفسه است، نه بیع للمالک و این اشکال بر ایشان وارد است. البته این اشکال بر خود شیخ هم وارد است، زیرا ایشان نه روایت در مسئله ی بیع للمالک نقل کرده است که سه روایت مربوط به بیع لنفسه است و سؤالی که پیش می آید، عبارت از این است که چرا ایشان این سه روایت را نقل کرده است؟

دفاع از مرحوم شیخ و آقای خویی

همان دفاعی که می شود راجع به شیخ بیان کرد، همان دفاع را نسبت به کلام آقای خوئی هم می توان بیان کرد. شاید علت این کار شیخ عبارت از این باشد که وقتی بیع لنفسه با اجازه ی مالک، برای خود مالک واقع می شود، به طریق اولی اگر شخص بیع را برای مالک انجام بدهد، با اجازه مالک برای مالک واقع خواهد شد.

البته اگر بیع لنفسه بخواهد برای مالک واقع شود، دو اشکال مطرح خواهد شد که یکی از این دو اشکال مشترک بین بیع لنفسه و بیع للمالک است. این اشکال عبارت از این است که شخص مال دیگری را می فروشد که این اشکال هم در بیع لنفسه هست و هم در بیع للمالک.

ص: ۲۶۳

اشکال دیگر عبارت از این است که این عقد نیاز به اجازه دارد و این اجازه باید با عملی که در خارج انجام شده است، تطبیق بکند. در جایی که عقد برای مالک واقع شده است، اجازه ی مالک بر عمل خارجی تطبیق می کند، ولی در مسئله ی بیع لنفسه، بیعی که برای مالک نبوده را اجازه می کند و نتیجه برای مالک می خواهد واقع شود، که تطبیق بین اجازه و عمل خارجی وجود ندارد.

بنابراین در بیع لنفسه دو اشکال وجود دارد که یکی از این دو مشترک بین بیع لنفسه و بیع للمالک است و اشکال دیگر مخصوص بیع لنفسه است. و وقتی در بیع لنفسه، دو اشکال رفع شود و قائل به صحت شویم در بیع للمالک که یک اشکال مشترک دارد به طریق اولی اشکال رفع شده است و باید قائل به صحت شد. لذا شیخ در باب ادله ی بیع للمالک روایات بیع لنفسه را هم آورده است. و آقای خوئی هم در اینجا صحیحه ی محمدبن قیس را به عنوان دلیل مخصص برای عام بیان کرده است.

خلاصه این که شیخ می فرمایند: اگر هم بگوییم که «لاتبع ما لیس عندک» بالعموم دلالت بر منع از بیع للمالک دارد، مع ذلک با توجه به وجود دلیل اخص، می توانیم بیع للمالک را تصحیح کرده و بگوییم: اگر کسی برای مالک بفروشد، اجازه ی بعدی، عقد را تصحیح می کند و با این ادله ی اخص، آن عام را تخصیص می زنیم و قهراً در این مسئله ی مورد بحث ما، باید حکم به صحت بکنیم.

ص: ۲۶۴

ردّ ادله بطلان فضولی ۹۳/۰۸/۲۷

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: ردّ ادله بطلان فضولی

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه ابتداء به جواب مرحوم شیخ به ادله ی بطلان فضولی و اشکال مرحوم نائینی پرداخته و سپس ردّ مرحوم خوئی بر اشکال مرحوم نائینی و بیان خود در ردّ نظر مرحوم نائینی را ایراد می نمایند. و در ادامه به استدلال نافین صحت فضولی به توقیع امام حسن عسکری علیه السلام و جواب مرحوم شیخ به این استدلال اشاره نموده و در آخر نظر خود در این مسئله را بیان می فرمایند.

جواب مرحوم شیخ به ادله بطلان فضولی

همانطور که در جلسه قبل گذشت یکی از جواب هایی که مرحوم شیخ به ادله ی بطلان فضولی داده، عبارت از این است که اگر هم دلالت این روایات بر بطلان فضولی را بپذیریم، ولی اصل این دلالت، بالنصوصیه نیست، بلکه بالاطلاق و العموم می باشد. عموم و اطلاق هم که قابل تخصیص و تقیید است و ادله ای که صحت فروش مال غیر را با اجازه تصحیح می کند، دلیل خاص بوده و این عمومات را تخصیص می زند. قهراً مورد بحث ما بالعموم باطل است، ولی به دلیل خاص صحیح می باشد و مورد بحث ما از تحت عمومات بطلان خارج می شود.

اشکال مرحوم نائینی بر جواب مرحوم شیخ

مرحوم آقای نائینی می فرمایند که این مطلب تمام نیست و تقابل این دو دسته از ادّله، تقابل عموم و خصوص مطلق نیست، بلکه تقابل متباینین است که هر دو دلیل ناظر به یک مورد خاص است و یک دلیل آن را اثبات و دیگری نفی می نماید. و لذا نمی توانیم بین این دو دست از ادله جمع عرفی بکنیم. ایشان در بیان این تباین می فرمایند: جملاتی که از معصوم صادر می شود، برای توضیح واضحات نیست، بلکه این جملات باید مفید فایده باشد و یک مجهولی از بیانات معصوم معلوم بشود.

ص: ۲۶۵

اگر کسی بخواهد مال دیگری را بفروشد، سه صورت دارد که حکم دو صورت آن معلوم است و احتیاجی به ذکر ندارد و فقط حکم یک صورت آن مجهول می باشد که این بیانات برای بیان مورد مجهول صادر شده است.

دو صورت معلوم: عبارتند از این که انسان بخواهد مال دیگری را برای خودش بفروشد. که معلوم است این صورت واقع نمی شود و حرفی در آن نیست. هم چنین اگر انسان مال دیگری را بدون إذن مالک و یا بدون تعقب اجازه بخواهد برای خود مالک بفروشد، باز هم واضح است که چنین عقدی واقع نمی شود.

صورت مجهول: صورت مشکوکی که احتیاج به بیان دارد، عبارت از موردی است که انسان مال غیر را برای غیر متعقباً

بالاجـازه بفروشـد. حکم این صورت مشـکوک است. و هم سـنی هـا و هم علمـای امامیه راجع به حکم این مورد که همان بیع فضـولی مورد بحث مـاست، اختلاـف دارنـد. برخی از ادله صـحت این مورد را نفی کرده است و برخی دیگر هم در خصوص این مورد حکم به صـحت نموده است. بنـابراین تقابـل بین این دو دسـته از ادله، تقابـل اعم و اخص نیست، بلکه تقابل متباینین است، زیرا اعم و اخص در جـایی است که وقتی عام را تخصـیص زدیم، افراد دیگری در تحت عام باقی بمانـد، اما در صورتی که عموم به حسب ظـاهر عـام باشـد ولی به خاطر قرینه ی خارجیه مخصوص به یک مورد خاص شـده باشـد و دلیل مقابل هم ناظر به همین مورد خاص بود، این دو از قبیل متباینین می شوند و نباید با این دو معامله ی اعم و اخص نمود.

ص: ۲۶۶

ردّ مرحوم خوئی بر اشکال مرحوم نائینی

آقـای خویی می فرماینـد که مطلب این طور نیست و در خیلی مواقع افراد جاهـل یـا بی مبالات غافل از این موارد هسـتند و چه بسـا مـال دیگری را برای خودشـان می فروشـند و تصور می کننـد که اگر کسـی مالی را حیازت کرد، متعلق به خود اوست. و بنابراین حکم هر سه صورت احتیاج به توضـیح دارد و این طور نیست که ادله فقط در مقام بیان حکم یک صورت بوده باشد. و برخی اشـخاص خیال می کننـد که «الحکم لمن غلب» و اگر بر چیزی غلبه کردنـد، مال آنها خواهـد شد و اختیاردار آن مال خواهند بود. برخی مسـلمانان لاابالی هم به این مسائل اهمیت نمی دهند و مال دیگری را خرید و فروش می کنند و به این نوع معاملات ترتیب اثر می دهند.

لـذا این فرمـایش درست نیست که ادله فقـط در مقـام بیـان حکم یک صورت هسـتند. و چه بسا اشـخاص جاهل یا بی مبالات نسـبت به اموال دیگران هیـچ مبالاتی ندارند و خیال می کند که اگر مالی و لو به زور حیازت شد، ملک آنها خواهد شد، مثل کسانی که وقتی بر یک کشور غلبه می کنند، خود را اختیاردار آن کشور می دانند. در بسـیاری از روایات هم وارد شده است که شـما از این کارها نکنید و اموال مردم را حیف و میل نکنید. بنابراین ما چطور می گوییم که این صورت ها خارج از تحت این ادله است؟

اشکال ما به مرحوم آقای خویی

به نظر می رسد که مصبِّ روایات نهی گاهی در مقام موعظه است برای اشخاصـی که مسـئله را بلدند، ولی نسبت به آن غفلت دارند. انسان گاهی عملاً از یک مسائلی غفلت می کند و باید جهنم و بهشت به رخ او کشـیده شود تا موعظه شود و با انذار و تبشـیر از غفلت خارج گردد. اشـکالی ندارد که روایت در این مقام باشد و حتی اگر هم توضـیح واضحات باشد، باز هم لغو و بی ربط نخواهد بود.

ص: ۲۶۷

ولی گاهی لحن روایات، در مقام انـذار نیسـتند، زیرا اگر این طور بود، بایـد یک تالی فاسدی هم برای این کار بیان می شد تا عـذاب الهی و مشـکلات بعدی مورد یادآوری قرار گرفته و به رخ کسـی که غفلت کرده است، کشـیده شود. بلکه روایات در مقام یاد دادن مطلب است و زمانی که شـخص سؤال می کنـد: آیا من این کار را بکنم یا نکنم؟ حضـرت می فرمایـد: «لاتبع ما لیس عنـدک». اینهـا برای بیـان مسائـل است. در دوره جاهلیت فکر می کردنـد که هر کس حیازت کرد، مالک می شود. ولی بعد از اسـلام و این سوالات خصوصا سوالاتی که از ائمه شده این گونه نیست که ندانند مال دیگری را نمی شود برای خودش فروخت. و به نظر می رسد که این مطالب جواب آقای نائینی نباشد.

جواب ما به آقای نائینی

جوابی که می شود به ایشان داد، عبارت از این است که بیع لنفسه دو صورت دارد:

گاهی انسان چیزی را برای خودش می فروشـد و مطلب را تمام حساب می کنـد که همه می دانند این بیع واقع نمی شود، ولی گـاهی این طور نیست که در این صورت هم صور مختلفی وجود دارد که حکم آن ها جای تردیـد و سؤال دارد و روایات هم برای بیان حکم آن ها وارد شده است.

یکی از آن صور که در بعضـی از روایات هم به خصوص به آن اشاره شـده است، موردی است که مثلاً زیـد علاقه به دابّه ای عمرو یا قالی خاصـی که در قالی فروشـی است، دارد و برای این که کلاه سـرش نرود، مسـتقیم آن شـیء را نمی خرد، بلکه به شخص دیگری می گویـد: این دابه یـا قـالی را برای من بخر و من یـک مقـدار پـول بیشـتر از مبلـغ آن به تو پرداخت می کنم. گاهی این شـخص آن دابه یا قالی را می خرد و بعد به زید می فروشد، گاهی هم ابتداء آن را می فروشد و بعد هم برای تسلیم آن، از مالک خریـده و به خریـدار تحویل می نمایـد. در روایات وارد شـده است که اگر ابتـداء بخرد و بعد بفروشد، اشـکالی ندارد، اما اگر ابتداء بخواهد بفروشد و بعد برای تسلیمش آن را بخرد، اشکال دارد و نباید این کار را انجام بدهد.

و اشکالی نـدارد بایع پول اضافی بگیرد، ولی به شـرطی که اول آن کالا را بخرد و بعد به شـخص متقاضـی بفروشد، ولی اگر بخواهـد قبل از خریـدن بفروشـد، درست نیست، لـذا در روایت وارد شـده است: « اشْتَرِهَا وَ لَا تُوَاجِبْهُ الْبَيْعَ قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْجِبَهَا أَوْ تَشْتَرِيَهَا » (۱) یعنی تا زمانی که نخریده اید، نباید بفروشید و این کار درست نیست.

آقایان هم در بحث «من باع شیئاً ثم مَلِك»، همین مورد را عنوان کرده اند، در حالی که اگر فرمایش آقای نائینی درست باشد، اصـلاً نبایـد صورت «باع شـیئاً ثم ملك» در خارج اتفاق بیافتـد، مگر برای افرادی که در عهـد جاهلیت باشـند یا افرادی که می خواهند مال مردم را بخورند و توجّهی به این امور ندارند.

بنابراین صورتی که حالت منتظره ای قائل شده باشد که بعداً برود و با خریدن کالا، مشـکل تسـلیم را حل کند، یا اینکه بعداً از مالك اجازه تحصـیل کنـد که با اجازه برای خود فروشـنده و عاقـد قرار بگیرد هم مورد تردید است که می توان گفت روایت برای حل این مشـکل امـده است. البته مبنای مرحوم شـیخ عبارت از این است که در بیع، باید عوض به همان جایی که معوّض خارج شده است، داخل شود و قاعدتاً اجازه ی مالك نسبت به معاوضه برای مالك واقع می شود، هر چند که معاوضه ادعائی، اعتباری و فرضـی باشـد. بنابراین اگر شـخص خودش را مالك فرض کرده، قصـد معاوضه نموده و مال دیگری را می فروشـد، قهراً در صورت اجازه ی مالك واقعی، ملکیت بایـد برای خود مالك واقعی قرار بگیرد، اما اگر بخواهـد برای عاقد واقع بشود، چنین چیزی اجازه به معاوضه نخواهد بود. و طبق نظر مرحوم شـیخ این مورد اجازه بر بیع نیست و در نظر مرحوم شـیخ هر چند مالك اجازه بدهـد، عقد برای خود فضولی واقع نمی شود و اگر عقد برای خود فضولی هم قصد شده باشد، با اجازه ی مالك تصحیح نمی شود.

۱- وسائل الشیعه، حر عاملی، ج ۱۸، ص۵۲، أبواب احکام العقود، باب۸، ح۱۳، ط آل البیت

البته این صورتی که مورد روایات قرار گرفته است، حتی روی مبنای مرحوم شیخ هم درست است و ایشان هم نمی تواند این مطلب را انکار کند، زیرا مورد روایات راجع به شخصی است که فضولتاً چیزی را به کسی می فروشد و چون مشکل تسلیم دارد، برای حل مشکل، بایع کالا را خریداری کرده و خودش به خریدار تسلیم می کند. در این مطلب هیچ کس اشکالی بیان نکرده است.

البته مبنای مرحوم شیخ هم مورد انتقاد است و متأخرین هم این مبنای ایشان را قبول نکرده اند.

پس بنابراین، ممکن است در مسئله ی اجازه بگوییم که بر اساس مبنای مرحوم شیخ آن مثال درست نیست، ولی نسبت به این مثالی که ما عرض کردیم، روایت هم وارد شده است و بر اساس مبنای مرحوم شیخ هم صحیح است و اشکالی در مطلب نیست.

مرحوم شیخ می فرماید که بیع به معنای اعم (صحیح و فاسد) چون معاوضه است، باید نقل و انتقال و جابجایی نسبت به همان جایی باشد که عوض و معوض خارج و داخل می شوند، ولی ما مبنای ایشان را قبول نداریم. آقایان هم گفته اند که اگر پدر پولی به مغازه دار بدهد تا چیزی برای بچه اش بخرد، این صحیح است. در حقیقت پول از کیسه ی پدرخارج شده و آن شیء هم به ملک بچه در آمده است، نه این که آن شیء ابتداء به ملک پدر داخل شود و بعد آن را به بچه تملیک کند. چنین مواردی، متعارف است و در قصدها هم وجود دارد و اشکالی هم ندارد.

ص: ۲۷۰

یکی دیگر از صور عبارت است از این که شخص لقطه ای پیدا کرده است و هر چند که مالک نیست، ولی آن شیء مجهول المالک را برای خودش می فروشد و پول آن هم نصیب خود او می گردد. خیلی ها حکم این مسائل را نمی دانند و خیال می کنند که اگر یک چیزی مالک معینی ندارد و شخص آن را تصاحب کرده است، متعلق به خود اوست.

بنابراین عرض ما به آقای نائینی این است که این طور نیست که حکم این صور بدیهی و روشن بوده و بیان آن ها از قبیل توضیح واضحات باشد. و لذا اگر در روایات وارد نشده بود که باید مجهول المالک یا لقطه را به فقیر داد، شاید ما این طور تصور می کردیم که وقتی مالک این شیء در دسترس نیست، می توانیم آن را برای خودمان بفروشیم و ثمن آن داخل در ملک ما بشود، زیرا با فروش این شئ، ظلمی به مالک واقع نمی شود، ولی از ادله ی خاصه فهمیده ایم که این کار درست نیست و نمی توانیم لقطه یا مجهول المالک را برای خود بفروشیم. بنابراین، اینکه مرحوم آقای نائینی قائل به تباین شده و می فرماید: مصداق دیگری برای عام وجود ندارد، درست نیست.

البته باید به این نکته هم توجه داشته باشیم که اگر بعد از اخراج یک مورد که اکثر است، باقی مانده نادر باشد، باز هم حکماً نسبت بین اعم و اخص، نسبت متباینین خواهد بود، زیرا مجمع عنوانین و مورد تصادم همان مقدار اکثر خواهد بود، ولی در ما نحن فیه اکثر اشخاصی که می خواهند مال دیگری را بفروشند، قصدشان فروش آن مال برای خودشان است، نه فروش برای مالک که گفته شود شما اکثر را خارج کردید و خواستید عموم را به یک مورد اقل حمل کنید. بنابراین این اشکال آقای نائینی به مرحوم شیخ از این جهت وارد نیست.

ص: ۲۷۱

استدلال برای بطلان به توقیع امام حسن عسکری (علیه السلام)

یک روایات دیگری هم در مسئله هست که بحثهای جزئی نسبت به آن ها وجود دارد. مثلاً حضرت عسکری (علیه السلام) به صفار نامه ای نوشته است که صدوق می گوید : این نامه هایی که به خط مبارک حضرت عسکری (علیه السلام) است، نزد من است. حضرت در این نامه می فرماید: «لا یجوز بیع ما لیس یَملک» (۱) یعنی فروش چیزی که مالک آن نیستید، جایز نیست.

جواب مرحوم شیخ به این استدلال

مرحوم شیخ در جواب استدلال به این روایت می فرماید : باید ببینیم که «جواز» در اینجا به چه معناست. در موارد دیگر وقتی گفته می شود: «جازت امره» یا «جاز صلاته»، به این معنی است که امر یا نماز تمام است.

در باب فضولی هم کسی که قائل به صحت فضولی است، عمل فضولی را تام نمی داند، بلکه قائل به صحت تأهلی آن است، نه صحت فعلی. بنابراین اگر شخص بخواهد که معامله تمام بشود و حالت منتظره ای نداشته باشد، شرطش عبارت از این است که شخص مال خودش را بفروشد و اگر بخواهد مال دیگری را بفروشد، معامله تمام نیست. در نتیجه «جاز امره» درباره ی فضولی نیست و این روایت صحت فعلیه و جواز کامل را نفی می کند، نه صحت تأهلی را.

اشکال ما به مرحوم شیخ

البته به نظر ما یک تأملی در اینجا وجود دارد که قبلاً هم مکرر عرض کرده ایم و آن عبارت از این است که گاهی دو شیء به حسب ظاهر نقیض هم هستند، ولی عرف با آنها معامله ی نقیضین نمی کند، مثلاً شما می گویید که استخاره خوب است، یا خوب نیست. در اینجا خوب بودن یا خوب نبودن از نظر استعمالی نقیضین است، در حالی که عرف با این دو معامله ی ضدین می کند و میانه هم نه خوب علی الاطلاق است و نه بد علی الاطلاق. بنابراین شکل، شکل نقیضین است، ولی عرف معامله ی ضدین می کند. یا شما می گویید که من گمان می کنم فلان مطلب فلان جور است، در مقابلش هم می گویید: گمان نمی کنم که فلان مطلب، فلان جور باشد. در اینجا گمان می کنم و گمان نمی کنم نقیضین هستند، در حالی که حد وسط هم دارند. اگر شما نه ظنّ به این طرف داشته باشید و نه ظنّ به آن طرف، در این موارد شما نمی گویید که من گمان می کنم فلان مطلب، فلان جور است. در مواردی که انسان شک داشته باشد و احتمال مساوی الطرفین باشد، نه تعبیر به «أظنّ کذا» می کند و نه تعبیر به «و ما أظنّ أن یکون کذا»، به هیچکدام از این دو تعبیر نمی کند، بلکه قائل به حدّ وسط می شود.

ص: ۲۷۲

۱- من لا یحضره الفقیه، شیخ صدوق، ج ۳، ص۲۴۲.

تطبیق: در اینجا هم ممکن است ما بگوییم: «جاز امره» به این معنی است که مطلب تمام است، اما اگر علی وجه الاطلاق تعبیر به «لا-یجوز» شد، به این معنی است که معامله اصلاً باطل است به این بیان که وقتی فضولی معامله را انجام می دهد، به ترقب این است که بعداً از مالک اجازه بگیرد و مطلب را تمام بکند. و اگر در چنین مقامی گفتند: «لایجوز»، شاید مراد این باشد که این هدف هم حاصل نمی شود و لذا بی خود این کار را نکن!

پس این شبهه برای ما هست که در اینجا «جاز امره» علی وجه الاطلاق گفته نمی شود، مثلًا اگر کسی «بعتُ» گفته باشد و منتظر قبول طرف مقابل باشد، در این مورد «جاز امره» گفته نمی شود.

بنابراین، «لا یجوز» در جایی گفته می شود که ایجابش اصلاً صلاحیت تأهلی نداشته باشد و طوری باشد که قبول طرف مقابل هم فایده نداشته باشد. قهراً ممکن است بگوییم در فضولی که، شخص مترقب گرفتن اجازه از مالک است اگر گفتند: «لایجوز امره»، به این معنی خواهد بود که فضولی با اجازه هم فایده ندارد و اصلاً بی خود است. بنابراین، ممکن است این اشکال مطرح بشود.

پرسش: چرا یجوز را به معنای یصح نمی گیریم؟

پاسخ: اینجا «لایجوز» را می گوییم، ما می گوییم «لا یجوز» آنکه مترقب است. اگر گفتند که این ایجاب شما لا یجوز، یعنی هر چه که از ایجاب مترقب بود آن لغو است. اگر شما ایجاب را فارسی بخواهید بخوانید و گفته شد «لا یجوز البیع بالفارسیه»، استفاده می شود که باطل است و در صورتی که ایجاب فارسی باشد قبلتُ هم فایده ندارد. و نفی صحت تأهلی می شود.

ص: ۲۷۳

بررسی ادله بطلان فضولی (روایت لایجوز- ادله ناهی از شراء- اجماع) ۹۳/۰۹/۰۱

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: بررسی ادله بطلان فضولی (روایت لایجوز- ادله ناهی از شراء- اجماع)

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه در ادامه ی بحث جلسه ی گذشته، به عدم دلالت «لایجوز» بر بطلان فضولی پرداخته و سپس دلالت روایات ناهی از شراء بر بطلان فضولی را مورد بررسی قرار می دهند. ایشان ابتداء نظر مرحوم شیخ و سپس نقد خود بر آن را بیان می فرمایند. و در ادامه به جواب آقای خوئی اشاره می فرمایند. بحث بعدی بررسی دلیل اجماع بر بطلان بیع فضولی است که استاد به نقد فرمایش مرحوم ایروانی در رد دلیل اجماع پرداخته و خود کلمات مدعیان اجماع را مورد بررسی قرار می دهند.

عدم دلالت «لایجوز» بر بطلان فضولی

در یکی از روایاتی که برای بطلان فضولی به آن ها استدلال شده بود، تعبیر«لایجوز» آمده بود « فَوَقَّعَ ع لَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَيْسَ يَمْلِكُ وَ قَدْ وَجَبَ الشِّرَاءُ مِنَ الْبَائِعِ عَلَى مَا يَمْلِكُ».

ما دیروز عرض کردیم که «جاز» یک معنایی دارد که نقیض آن عبارت از«لم یجز» می باشد و قهراً هر چه که از «جاز» استفاده کردیم، از نقیض اش هم نقیض آن معنی را استفاده می کنیم و در نتیجه این تعبیری که در روایت هست، دلالت بر بطلان محض نمی کند.

بعد هم این «إن قلت» را وارد کردیم که گاهی دو چیز نقیض هم هستند، ولی عرفاً با آن ها معامله ضدین می شود، مثل اینکه بین «أظنّ کذلک» و «ما أظنّ کذلک» یک حدّ وسط پیدا می شود و قهراً می خواستیم بگوییم که اگر «لایجوز» علی وجه الاطلاق، بیان شود، دلالت بر بطلان بیع خواهد کرد. به عبارت دیگر، ولو اینکه از «جاز» صحت فعلیه استفاده می شود، ولی از «لایجوز» بطلان محض استفاده می شود و قهراً حدّ وسط پیدا می کند و در نتیجه با «لایجوز» می توانیم بطلان بیع فضولی را در مقابل موقوف استفاده کنیم.

ص: ۲۷۴

البته وجداناً این مطلب روشن است که هر چند در بعضی از جملات، از اطلاق دلیل یک معنایی استفاده می شود بین اثبات و نفی که از نقیضین بیرون می برد، ولی «لم یجز» جزء آنها نیست، شما اگر گفتید: «جاز امره» یعنی «تمّ امره» و اگر گفتید: «لم یجز»، یعنی «لم یتمّ». بنابراین از «لم یتمّ» بطلان محض استفاده نمی شود، بلکه معنای مقابل «تمّ» از آن استفاده می گردد و در نتیجه همین جواب مرحوم شیخ که از «لایجوز» در این روایت نمی توانیم بطلان فضولی را استفاده کنیم، درست می باشد.

بررسی روایات ناهی از شراء

در بعضی از روایات هم این طور تعبیر شده است که چیزی را که مالک نیستی، شراء نکن.

مرحوم شیخ می فرمایند که این روایات هم دلیل بر بطلان فضولی نیست، زیرا نهی در این روایات، دلالت بر این می کند که هدف و منظور شخص از این کار عملی نیست، مثلاً وقتی شخص اشتراء می کند، می خواهد که با «قبلتُ» مطلب تمام شده و او مالک بشود، ولی حضرت می فرمایند که اگر چیزی ملک تو نیست، بیع و شراء نکن. و ظاهر وضعی نهی در این روایات، نفی صحت فعلیه است، نه نفی صحت تاهلی که بطلان فضولی استفاده شود.

اشکال ما بر نظر مرحوم شیخ

مرحوم شیخ این طور می فرمایند، منتهی به نظر ما در جایی که شخص می خواهد برای خودش بیع و شرایی کند و منظورش این است که با «قبلتُ» کار را تمام بکند و مالک بشود، اینجا اگر گفتند که این کار را نکن، معنایش عبارت از این است که چنین چیزی حاصل نمی شود. ولی در باب فضولی – که فعلاً مورد بحث ماست- شخص به دنبال این است که یک خدمتی به مالک انجام بدهد و ملک او را بفروشد یا چیزی برای او بخرد و بعداً هم با اجازه ی او به طرف مقابل تسلیم نماید. در اینجا اگر گفتند: شما تا مالک چیزی نشدی، بیع و شراء نکن، استفاده می شود که این هدف شخص که صحت تأهلی است و با اجازه می خواهد تصحیح کند، این منظور حاصل نمی شود و عملی نیست و نتیجه ی آن هم بطلان فضولی خواهد بود.

بنابراین در این روایت مشکل است ما اینگونه اشکال کنیم و بگوییم فقط نفی صحت تأهلی است نه بطلان. بلکه در اینجا که ظاهر هدفش عبارت از با اجازه است، اینجا اگر خطاب شد این کار را نکن، استفاده بطلان می شود.

جواب آقای خوئی

آقای خوئی یک جوابی غیر از این جواب می دهند که بنده فرمایش ایشان را نقلِ به معنی می کنم.

ایشان می فرمایند که حرفی در بطلان شراء ملک دیگر نیست، ولی گاهی اوقات بر یک معامله دو عنوان منطبق می شود، مثل این که من یک ملکی را از دو فروشنده می خرم که یکی از آن دو خود مالک است و دیگری هم فضولی است. فرض کنید که اگر من در آنِ واحد این ملک را از هر دو خریده باشم، ما حکم به صحت معامله می کنیم، زیرا می گوییم که مالک این شیء را به من فروخته است و معامله ی فضولی هم باطل است. و اقتران عمل فضولی به بیع مالک از موانع صحت معامله نخواهد بود تا بیع مالک را خراب بکند. در نتیجه، بیع مالک صحیح است و فقط یک علت برای نفوذ معامله وجود دارد و آن هم مالک است. علت فضولی هم کالعدم است. خلاصه این که گاهی در آنِ واحد دو عامل محقق می گردد مثل این که هم وکیل و هم اصیل اقدام به یک معامله کرده باشند و در این صورت ضمیمه شدن عقد باطل به عقد صحیح، موجب بطلان عقد صحیح نخواهد شد، بلکه این عقد باطل کالعدم خواهد بود و مانند این خواهد بود که اصلاً عقدی واقع نشده است و ما به عقد صحیح اخذ می نماییم. بنابراین در این صورت، نمی توانیم بگوییم که عقد صحیح اثر ندارد و کالعدم است.

آقای خوئی می فرمایند که اگر شخص یک چیزی را اول مثلاً از فضولی بخرد و ما این عقد را باطل بدانیم، ولی بعد که اجازه ی مالک بیاید، مانند این است که شما این شیء را از خود مالک خریداری کرده اید و این عقد به عنوان خرید از مالک، صحیح خواهد بود. در اینجا اشترائ نسبت به هر دو صدق می کند و قهراً اگر اشتراء از فضولی باطل و لغو باشد، اشتراء از مالک صحیح خواهد بود. و لذا از این جهت، بعد از اجازه حکم به صحت می شود.

این مطلب تقریباً همان تقریبی است که مرحوم شیخ می کند و مثالی هم که آقای خوئی می زند، شبیه مثالی است که خود مرحوم شیخ بیان کرده است که بعد از اجازه ی مالک، «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» (۱) نسبت به این عقد منطبق می شود.

البته برای این مطلب شاهدی هم بیان شده است که تمام نیست، زیرا قبلًا در مسئله ی «لاتَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ» عرض کردیم که قبل از اکل، نهیی واقع نشده است، زیرا اکل وقتی واقع می شود که تجارتی واقع شده و او هم اجازه داده باشد و حال شخص می خواهد ترتیب اثر بدهد، قبلش هم نهیی نشده است.

بنابراین نمی شود مورد بحث را به آنجا قیاس کرد، زیرا در مفروض مورد بحث ما، قبلاً ـ تعبیر به «لاـتشتر» دارد و صدق هم کرده است، منتهی ما می خواهیم بگوییم که چون بعداً عنوان اشتراء در مالش صدق می کند، معامله صحیح است. بنابراین، این مورد با آن موردی که مرحوم شیخ ذکر کرده، متفاوت است و یکی نیستند که به هم قیاس شوند. به هر حال آقای خوئی این طور تصحیح کرده است که به عنوان «اشتراء عن الفضولی» معامله واقع نشده است، ولی به عنوان «اشتراء من المالک» واقع شده و لذا معامله صحیح است و اشکالی در آن نیست.

۱- نساء/سوره۴، آیه۲۹.

نقدی بر فرمایش مرحوم آقای خوئی

البته بحث عبارت از این است که وقتی کسی چیزی را می فروشد، اگر معامله را امضاء کرد و اجازه داد، عرفاً بر آن صدق معامله می شود و اگر از او بپرسند: چه کردی؟ می گوید: من در فلان تاریخ مثلاً منزل یا زمینم را فروختم. بنابراین با همان امضاء یک عقد واقع شده است و بر این شخص، بایع صدق می کند.

ولی اجازه ای که در باب فضولی است، از ایقاعات است و لازم نیست که طرف مقابل او هم بعد از اجازه ی او «قبلتُ» و امثال آن را بگوید، بلکه همین که مالک اصلی «اجزتُ» بگوید، کافی است و عقد تصحیح می شود. حال اگر کسی فضولتاً یک چیزی را از زید-که مالک اصلی نیست- خریده باشد و بعداً مالک در حالی که این شخص خواب است، نسبت به این عقد اجازه دهد، آیا در این صورت اشتراء صدق می کند که بگویند: فلان کس در فلان ساعت این شیء را خریده است؟!

البته ممکن است بگوییم که مالک شده است و با توجه به اینکه اجازه در اینجا از ایقاعات است یا اگر حتی از عقود باشد، همان عقد قبلی کافی است و شخص مالک می شود، ولی اگر روایت گفته باشد که اشتراء از غیر مالک صحیح نیست، آیا بر این کسی که در حال اجازه ی مالک در خواب است، اشتراء صدق می کند؟!

مشکل است که ما به چنین صورتی اشتراء بگوییم، زیرا در اشتراء باید فعلی از این شخص صادر بشود، در حالی که هیچ فعلی از این شخص در حال خواب صادر نشده است و لذا اگر گفتند که این اشتراء باطل است، معنایش عبارت از این است که این اجازه مالک فائده ای ندارد و آن اشتراء قبلی موثر نیست و اجازه تنهای مالک هم کافی نیست و عقدی واقع نشده و باید عقد واقع شود. بنابراین ممکن است که چنین اشکالی وارد شود.

پرسش: می گویند که خود اجازه در واقع اشتراء است، یا مصحّح آن عملی است که واقع شده است؟

پاسخ: نه، می گویند که از این تاریخ واقع شده است، منتهی اعتبار اثر قبلی می شود و در نتیجه مالک بعد از اجازه می گوید: من الآن فروختم و نمی تواند بگوید که من دیروز فروختم. مالک در حقیقت امروز فروخته است، منتهی ممکن است که در صورت قول به کشف، این فروش بر بیع سابق اثر بگذارد.

پرسش: فرمایشی که در بیع داشتید، مشابه آنها در اشتراء هم می آید و مثلاً شخص می گوید که زمین را از فلانی خریدی یا نه؟

پاسخ: اگر در آنجا باشد و سکوت کند و بعد بگوید: من از او خریدم، درست است، ولی در اینجا وقتی هیچ کاری نسبت به عمل مالک انجام نداده است و اصلاً در حال خواب بوده و هیچ متوجه اجازه ی مالک نبوده است، آیا می تواند بگوید: من این شیء را از مالک خریدم؟! در حالی که اشتراء یک فعلی از افعال است.

پرسش: مشابه این را در مورد بیع فرمودید مثلا اگر وقتی این بیع را دارند انجام می دهند مالک خواب باشد؟

پاسخ: نه من می گویم خود مالک بعد از این که اجازه داد اگر بگویند کی فروختی می گوید در آن زمان فروختم. و فعل انجام داده است و بر او بایع هم صدق می کند اما کسی که از او هیچ فعلی صادر نمی شود چطور اشتراء که فعلی از افعال است به او نسبت دهیم. و بائع هم اگر متوجه نشده باشد او هم فائده ندارد.

خلاـصه، عمـده همـان مطلبی است که مرحوم شـیخ جواب داده است که این روایاتی که می گویـد: ملك دیگری را نفروش، یك عموماتی است که ادله ی اخص آنها را تخصیص می زند و قهراً حکم به صحت معاملات فضولی می شود.

پرسـش: ببخشـید این روایت «لا تشتر» مربوط به بحث فضولی است یا یک بحث دیگری است؟ ظاهراً صحیحه محمد بن مسلم نـاظر به بحث فضولی نیست و می گویـد من یـک زمینی را خریـدم، ولی اهل الارض می گوینـد که این زمین ماست و ... این روایت راجع به قاعده ی ید است.

پاسخ: حضرت می فرماید: بدون رضایت او نخر و ما این کلمه نخر را می گوئیم.

پرسـش: او سوال کرده که اهل ارض می گویند زمین ماست و این اهل... یعنی آنها ید داشته اند و حضرت می گوید رضایت کسی که ید دارد شرط است؟

پاسـخ: ثبوت ملکیت مثلاً با یـد است، ولی بحث در این است که اگر غیر ذوالیـد این زمین را فروخته باشد، چه حکمی خواهد داشت و آیا عقـد باطل است یا نه؟ بحث در این است که از این روایت که می فرماید: «لا تشتر الا برضا اهلها» (۱) ، چه چیزی استفاده می شود.

پرسش: ... پاسخ: از روایت «لا تشتر الا برضا اهلها» استفاده می شود که اگر کسی که این زمین در دست او نیست، بخواهد آن را بفروشد، عقد باطل است، زیرا این زمین در ید دیگری است.

۱- وسائل الشیعه، شیخ حر عاملی، ج۱۷، ص۳۳۴، ابواب عقد البیع، ب۱، ح۳، ط آل البیت.

خلاصه این که اینها برای بطلان بیع فضولی به این روایات استدلال کرده اند، ولی آقای خوئی می فرمایند که بعد اجازه، عنوان اشتراء عن المالک صدق می کند و اشکالی ندارد.

پرسش: اگر در اینجا تعارضی واقع بشود، می توانیم با موافقت کتاب یک طرف را ترجیح بدهیم؟

پاسخ: تعارضی ندارند، عموم و خصوص مطلق است.

استدلال به اجماع برای بطلان بیع فضولی

نقدی بر فرمایش مرحوم ایروانی

یکی از ادله ای که برای بطلان بیع فضولی به آن استدلال شده است، «اجماع» است.

مرحوم شیخ در اینجا جوابی می دهد که آقای خوئی هم همان جواب مرحوم شیخ را ذکر می کند ، ولی مرحوم ایروانی یک جواب زائدی بیان کرده است. ایشان می فرمایند : احتمال قوی هست مقصود این آقایانی که ادعای اجماع کرده اند یا خودشان فتوی به بطلان فضولی داده اند، عبارت از این است که بیع فضولی تمام نیست و نیاز به ضمیمه دارد. به عبارت دیگر، مقصود این آقایان از بطلان فضولی، نفی صحت تأهلی آن نیست و در نتیجه از این دعوای اجماع ها بطلان فضولی استفاده نمی شود.

این مطلبی است که مرحوم ایروانی بر بیان مرحوم شیخ و مرحوم آقای خوئی اضافه می کند، ولی متأسفانه شاید مرحوم آقای ایروانی وقت نداشته است که به کتب و کلمات آقایان مراجعه بکند!

مرحوم شیخ در خلاف دعوای اجماع کرده و می گوید : فضولی را ما باطل می دانیم، وفاقاً للشافعی و در مقابل ابوحنیفه که صحت آن را موقوف به اجازه دانسته و می گوید: اگر مالک بعداً اجازه داد، صحیح است. بعد هم مرحوم شیخ دلیل خودش را ذکر می کند.

ص: ۲۸۱

این فرمایش مرحوم شیخ طوسی صریح در بطلان فضولی است در مقابل قول به موقوف بودن صحت آن بر اجازه ی مالک.

سید ابوالمکارم در غنیه می گوید : فضولی جایز نیست «و إن اجازه المالک»، و بعد هم دعوای اجماع بر نظر خودش کرده و می گوید: «دلیلنا الاجماع».

بنابراین چطور مرحوم ایروانی بدون مراجعه به کلمات این آقایان، با احتمال قوی مقصودشان را بیان کرده است؟!

از سه کتاب دعوای اجماع نقل شده است: یکی خلاف مرحوم شیخ، دیگری غنیه و سومی هم کتاب المضاربه ی سرائر است که مرحوم شیخ از آن نقل کرده است.

عبارتی که مرحوم شیخ از کتاب المضاربه نقل کرده است، این است که غاصب مالی را به مضاربه گذاشته است و بحث در این است که اگر ربحی حاصل شد، برای مالک خواهد بود یا برای غاصب؟

راجع به این موضوع آنجا این طور وارد شده است که اگر غاصب با عین شخصی معامله کرد، معامله باطل است، زیرا شرائی واقع نشده است و قهراً بلاخلاف معامله باطل است.

البته این به بحث ما مربوط نیست، زیرا بحث ما راجع به بیع للمالک است، در حالی که غاصب در این مسئله برای خودش مضاربه می کند، نه برای مالک و لذا ارتباطی به بحث ما پیدا نمی کند. ولی اگر از این جهت غفلت کنیم، در این مسئله، غاصب با مال دیگری ربحی کرده است و به صورت متعارف هم مالک بعداً موافقت کرده و رضایت پیدا می کند. اما این که می فرماید: بلاخلاف معامله باطل است، ظاهرش این است که اگر رضایت مالک هم باشد، فایده ندارد و در نتیجه حتی اگر اجازه ی مالک هم حاصل شود، باز هم معامله صحیح نخواهد بود.

البته همـان طور که عرض کردیم، این مسئله راجع به بیع لنفس الغاصب است، نه بیع للمالک و لـذا از این ناحیه اصـلًا مرحوم شیخ نباید این را می آورد، ولی حتی اگر هم از این نکته غفلت کنیم و این جهت را در نظر نگیریم، از این مسئله استفاده می شود که این معامله با اجازه هم باطل است و اجازه فایده ای در صحت آن ندارد.

استدلال به اجماع برای بطلان فضولی ۹۳/۰۹/۰۲

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: استدلال به اجماع برای بطلان فضولی

خلاـصه درس: حضـرت اسـتاد در این جلسه ابتـداء به این نکته اشـاره می فرماینـد که تعبیر به بطلاـن در کلاـم علماء در مقابل موقوف است و سـپس به بحث اسـتدلال به اجماع برای بطلان فضولی می پردازند. ایشان مقصود شـیخ طوسی از اجماع را بیان نموده و در ادامه ی بحث، به برخی مسامحـات در کلام مرحوم شـیخ انصاری نسـبت به نقل قول قـدماء اشاره نموده و در آخر اقوال برخی از قدماء مانند شیخ طوسی، ابن جنید، مفید، حلبی و ... را درباره ی عقد فضولی مورد بررسی قرار می دهند.

تعبیر به بطلان در مقابل موقوف است

یـک مطلب مختصـری که بایـد به آن اشاره کنیم، عبارت از این است که در مراجعاتی که به کتب و اقوال علماء داشتیم، برای مـا این مطلب روشن شـد که اگر راجع به یـک عقـدی حکم به بطلاـن شـده است، این حکم در مقابـل موقوف است و علمـاء نسـبت به عقدی که با اجازه تصـحیح می شود، تعبیر به باطل نمی کنند، بلکه آن را فاقد صحت فعلیه می دانند. بنابراین اگر از عقـدی که موقوف است، صـحت را نفی کنیم، به این معنی است که صـحت فعلیه نـدارد، و برای چنین صورتی تـعبیر به بـاطل نمی شود، بلکه به مواردی باطل اطلاق می شود که در مقابل موقوف باشد.

ص: ۲۸۳

بنـابراین در کلاـم مرحوم شـیخ و مرحوم ایروانی که احتمـال قوی داده انـد، مراد قـائلین به بطلاـن فضولی همان موقوف است، خلط شده است و این احتمال بر خلاف تتبع و استعمالات کلمات علماء است.

خلاصه اینکه، با تعبیر به باطل، صحت تأهلی هم از بین می رود.

استدلال به اجماع برای بطلان فضولی

یکی از ادله ای که برای بطلان عقد فضولی به آن استدلال شده، اجماع است.

مرحوم شیخ راجع به این دلیل می فرمایند (۱) : ما ظنّ به اجماع نداریم. حتی اگر مرحوم شیخ انسدادی هم باشد و برای اثبات امور، حصول قطع یـا اطمینان را شـرط ندانسـته و حصول ظنّ را کافی بدانـد، باز هم راجع به این دلیل می فرمایـد که ما ظنّ به اجماع نداریم، بلکه ظنّ به این داریم که اجماعی وجود ندارد، زیرا معظم قدماء «کالقدیمین (۲) ، والمفید (۳) و المرتضی (۴)

و الشیخ (۵) بنفسه فی النهایه التی هی آخر مصنفاته علی ما قیل و اتباعهم»، مانند سلار (۶) و عده ی دیگر، همه قائل به صحت فضولی بوده اند و چطور می شود که با وجود این همه قائلین به صحت فضولی، اجماع بر بطلان آن وجود داشته باشیم.

سلار تابع مفید بوده است، ابوالصلاح حلبی هم تابع سید مرتضی بوده و ابن براج هم تابع شیخ بوده است. خود مرحوم شیخ هم تصریح کرده است که همه ی متأخرین غیر از چند نفر معدود، همه توافق بر صحت بیع فضولی دارند و لذا چطور می شود دعوای اجماع بر ب طلان آن کرد؟!

۱- کتاب المکاسب، للشیخ الأنصاری، ج ۳، ص ۳۷۰، ط الحدیثه.

۲- مختلف الشیعه، العلامه الحلی، ج ۵، ص۵۳

۳- المقنعه، للشیخ المفید، ص۶۰۶.

۴- المسائل الناصریات، السید الشریف المرتضی، ص ۳۳۰.

۵- النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، الشیخ الطوسی، ص۳۸۵.

۶- ، ابن براج

آقای خوئی تعبیر می کنـد که« اجماع محصـلی در بین نیست و آنچه که موجود است، اجماع منقولی است که از تعابیر شـیخ ، ابن زهره و ابن ادریس حلی در کتاب المضاربه استفاده می شود.»

بنـابراین اگر اجماعی باشـد، اجماع منقول است و این نوع اجماع هم ذاتاً حجت نیست و دلیلی بر حجیّت آن نـداریم، زیرا ادله حجیّت خـبر واحـد شامـل مواردی است که خبر از روی حسّ یـا مقـدمات قریب به حس باشـد، ولی این ادله نسـبت به اعتبـار مواردی که از روی حدس بعید عن الحس است که نوعا محل اختلاف قرار می گیرد مثل فتاوی و امثال آن، دلالتی ندارد.

بنابراین با توجه به این که این حدسـیات حجیّتی نـدارد، اجماع منقول حجیّتی ندارد و اگر هم حجیّت داشـته باشد، ما اول باید احتمال تحقق اجماع را بـدهیم و بعـد بحث کبروی کنیم که آیا حجت است یا نه، ولی در جایی که ما یقین به اشـتباه مـدعیان اجمـاع داریم، نمی توانیم اجمـاع منقول را بپـذیریم. حتی در جایی هم که إخبار از امر حسـی باشـد، ولی ما بـدانیم که در این إخبـار اشـتباه واقع شـده است، خبر واحـد هم مورد قبول واقع نمی شود، چه رسـد به اجمـاع که إخبـار عن حـدسٍ است نه عن حسٍ.

یکی از مطالبی که ما بایـد به آن اشاره کنیم، عبارت از این است که شـیخ یا ابن زهره یا ابن ادریس ادعای اجماع و بلاخلاف کرده انـد و اگر مـا به یـک معنی فرمـایش این بزرگوران را توجیه کنیم، به یـک معنی درست نخواهـد بود، زیرا خود شـیخ با اشاره به خلافی بودن مسئله، ادعای اجماع می کند.

شیخ می گوید: «قومٌ من اصحابنا»، نه یک نفر، بلکه قومی قائل به صحت شده اند، ولی در عین حال، مسئله اجماعی است. از این تعبیر معلوم می شود که ایشان اجماع را در معنایی استعمال کرده است که حتی مخالفت جمعی که حتی افرادی مانند شیخ مفید در میان آنها هستند هم مُضرّ به این مدعی نیست.

اگر اصطلاح اجماع به همین معنایی باشد که آقای خوئی می فرمایند، ادعای اجماع شیخ با وجود مخالف اشتباه خواهد بود، ولی از این تعبیر شیخ معلوم می شود که اصطلاح اجماع ایشان به معنای دیگری است که منافاتی با مخالفت عده ای ندارد، همان طور که خود ایشان هم تصریح نموده است که «قومٌ من اصحابنا» قائل به خلاف این مطلب شده اند و در میان آن ها هم فردی مثل شیخ مفید قرار دارد.

معنای اجماع در نظر مرحوم شیخ طوسی

مقصود شیخ از دعوای اجماع، اجماع بر کبریات کلی است که مورد تسالم قرار گرفته است. با توجه به این که کبری شهادت به نتیجه است، ایشان با در نظر گرفتن کبری، دعوای اجماع به نتایج می کند. قهراً این کبریات کلی، اگر صحیح باشند، فقط در صورت مخالفت معصوم قابل تخصیص می باشند، و در غیر این صورت، حتی اگر کسی مثل شیخ مفید مخالفت کرده باشد، این کبرای کلی ثابت، مورد تخصیص قرار نخواهد گرفت. لذا شیخ با توجه به همین مطلب می فرماید: «قوم من اصحابنا» قائل به صحت شده اند، ولی «لایعتنی» به حرف آنها. علت این که ایشان به قول اصحاب با وجود کسی مثل شیخ مفید در میان آنها، اعتناء نمی کند، عبارت از همین است که یک کبرای کلی ثابت را در نظر گرفته است که هیچ کس جز معصوم نمی تواند این کلی را تخصیص بزند.

ص: ۲۸۶

بنـابراین، ایشان بر این اساس با وجود مخالف در مسـئله، ادعای اجماع کرده است و مقصود ایشان از اجماع، اجماع بر کبریات است که منشأ اجماع بر نتایج شده است و در این صورت، منافاتی بین اجماع بر کبریات و مخالفت عده ای با آن وجود ندارد. در نتیجه، نمی توانیم بگوییم که شیخ متوجه وجود مخالفین در این مسئله نشده است.

مسامحه ای در فرمایش مرحوم شیخ انصاری

یـک تعبیری هم در فرمـایش شـیخ انصـاری وجود دارد که به نظر می رسـد مسـامحه در تعبیر باشـد. ایشان در مقام رد دعوای اجماع شـیخ طوسـی، ابن زهره و حلی می فرماینـد: «بعد ذِهاب معظم القدماء کالقدیمین... و إطباق المتأخّرین علیه...» (۱) ، در حالی که اگر انسان در مقام ردّ دعوای اجماع طرف مقابل باشد، باید به اقوال مخالف در همان زمان اشاره بکند و هیچ تناسبی در ذکر مخالفت متأخرین وجود ندارد.

بنـابراین، جـدای از این که اجمـاع در نظر شـیخ به چه معنایی باشـد، برای ردّ اجماعی که ایشان ادعا کرده است، بایـد به افراد مخالف در همان زمان اشاره کرده و ادعای اجماع را نقض نماییم، نه این که به اطباق متأخرین اسـتناد نماییم. پس کأنّ مرحوم شیـخ در ذکر این مطلب اشـتباه کرده است و نبایـد به این عبارت اشاره می کرد و مناسب بود که این قسـمت را جـداگانه ذکر کند.

وقوع یک سهو مهم و اساسی در فرمایش شیخ انصاری

یک سهو مهم، اساسی و عجیبی که در کلام مرحوم شیخ واقع شده است، عبارت از این است که ایشان اکثر قدماء را به ترتیب ذکر کرده و قائل به صـحت فضولی بر شـمرده است، در حالی که چنین نیست و اکثر قدماء قائل به بطلان بیع فضولی هسـتند و فقط اقلیتی از قدماء بیع فضولی را صحیح می دانند.

ص: ۲۸۷

۱- کتاب المکاسب، للشیخ الأنصاری، ج ۳، ص ۳۷۰، ط الحدیثه.

قبلاً- هم عرض کردیم که ایشان از شهیداول در غایه المراد قول قدماء به صحت بیع فضولی را نقل کرده بود که وقتی ما به غایه المرام مراجعه کردیم ، دیدیم این طور نیست. شهید اول فحلی از فحول فقهاء است و حرف و نقل ایشان ساده نیست. بعد از این که ما به غایه المراد شهید اول مراجعه کردیم، روشن شد که ایشان اصلاً راجع به فضولی در باب بیع بحثی نکرده است و آن چیزی که به خیلی ها نسبت داده است، صحت فضولی در باب نکاح است که در حد شهرت است- و شاید کسی بگوید اجماعی است - که یکی از ادله ی صحت فضولی در باب بیع، تسلّم صحت فضولی در باب نکاح بین فقهاء است.

بنابراین، شهید اول در باب نکاح قائل به صحت فضولی شده و اقوال فقهاء را نقل کرده است، ولی مرحوم شیخ از این مطلب غفلت نموده و آن را در باب بیع ذکر کرده است.

بررسی نظر قدماء (ابن جنید- شیخ مفید- شیخ طوسی)

آن چه ما پیدا کردیم و در مختلف هم نقل شده است، عبارت از این است که در بین قدماء، قول دو نفر به صحت بیع فضولی ثابت است: یکی ابن جنید است که در سایر مسائل هم مخالفت های زیادی دارد و دیگری هم شیخ مفید در مقنعه می باشد

شیخ طوسی هم در نهایه این مطلب را بیان کرده است ، ولی به اعتقاد ابن ادریس این کتاب، کتاب فتوایی شیخ نیست. (البته بنده نمی گویم که این عقیده درست است) ابن ادریس می گوید که شیخ در این کتاب فقط روایت را معنی کرده است و اگر کسی بخواهد فتوای شیخ را به دست بیاورد، باید به کتاب های دیگر شیخ رجوع کند. نظر شیخ هم در کتاب های دیگرش بر خلاف این جاست که قائل به صحت شده است.

ما قبول داریم که نهایه کتاب فتوایی مرحوم شیخ است ولی آیا «آخر مصنفاته» هم است؟

مرحوم شیخ انصاری می خواهد بفرماید که کتاب نهایه آخر مصنفات شیخ است البته «علی ما قیل». و در صدد آن است که ظنّ به اجماع را با استناد به این مطلب سست کند. که این چه طور اجماعی است که خود شیخ از آن عدول کرده است؟

عبارتی را می خوانم از کتاب مبسوط ج اول صفحه ۱۵: «کنت عملت علی قدیم الوقت کتاب النهایه». یک قسمت هایی هست که بنده آن ها را نمی خوانم، زیرا دخالتی در مطلب ندارد و فقط قسمت هایی که دخیل در مطلب است را برای شما می خوانم. «کنت عملت علی قدیم الوقت کتاب النهایه و عملت بآخره مختصر جمل العقود فی العبادات و وعدت فیه أن أعمل کتاباً فی الفروع خاصه یضاف إلی کتاب النهایه ثم رأیت أن ذلک یکون مبتورا یصعب فهمه علی الناظر فیه فعدلت إلی عمل کتاب یشتمل علی عدد جمیع کتب الفقه» که ایشان می گوید هشتاد تا است و مراد کتاب مبسوط است که بعد از جمل العقود نوشته شده است و جمل العقود هم بعد از نهایه نوشته شده است. بنابراین این که ایشان می گوید: کتاب نهایه آخرین کتاب شیخ است، درست نیست.

مطلب دیگر عبارت از این است که نجاشی ده سال قبل از شیخ فوت کرده است. شیخ در سال ۴۶۰ وفات کرده است، نجاشی هم در سال ۴۵۰ وفات کرده است. نجاشی ترجمه حال شیخ و کتابهای ایشان را نوشته است و بنای نجاشی هم بر استیعاب کتب بوده است و لذا می بینید که ۳۰۰ کتاب برای صدوق نوشته است ، برای ابن جنید و دیگران به صورت استیعاب کتب را نقل کرده است . شیخ هم شیخ الطائفه و رئیس کل بوده و کتابهایش، کتابهای معروفی بوده است که همه از این کتاب ها نسخه برداری می کردند. در ترجمه نجاشی نسبت به شیخ و کتب او این طور بیان شده است: «و قد ترجم النجاشی للشیخ و عدّ من کتبه کتاب النهایه و المبسوط و الجمل و العقود و لم یذکر الخلاف و قد توفی النجاشی قبل شیخ بعشر سنوات ولایبعد أن یکون تصنیف الخلاف بعد وفات النجاشی أو اواخر حیاته بعد الکتب المزبوره»، نجاشی اطلاعی نسبت به کتاب خلاف شیخ پیدا نکرده است و لذا کتاب خلاف، از کتابهای متأخر شیخ است. ابن ادریس هم تعبیر می کند که شیخ در نهایه این مطلب را گفته است، ولی «رجع عنه» در کتاب خلاف

بنابراین، بلااشکال کتاب خلاف بعد از نهایه نوشته شده است و نهایه آخر مصنفات شیخ نیست و این اشتباهی است که برای اثبات یک مطلب صورت گرفته است.

نظر شیخ طوسی راجع به بیع فضولی

آن طور که علامه از شیخ در خلاف و مبسوط نقل می کند، نظر ایشان بر بطلان بیع فضولی است، ولی ما لفظی از ایشان پیدا نکردیم که تعبیر به فساد و بطلان بیع فضولی در مقابل موقوف کرده باشد، منتهی ایشان مطلبی دارد که اگر کسی در آن دقت کند، می تواند نظر شیخ بر بطلان را از آن استفاده نماید.

شیخ در باب وکالت تعبیر می کند که اگر کسی یک دینار به شخصی داد و گفت: برو یک گوسفند بخر، (مانند همان اتفاقی که در روایت عروه ی بارقی واقع شده است) ولی آن شخص به جای یک گوسفند، دو گوسفند با یک دینار بخرد، ایشان می گوید که با توجه به این که علم به رضا هست، عقد صحیح است و اشکالی ندارد.

ولی اگر یکی از این دو شاه را به یک دینار فروخت، آیا این بیع صحیح است یا نه؟ ایشان می فرماید: «قیل فیه وجهان»: یک وجه عبارت از این است که بگوییم اشکالی ندارد و اصلاً مانعی نیست. به صورت کلی عدم منع را بیان می کند و راجع به این که چرا مانعی نیست، خیلی توضیح روشنی نمی دهد. البته به حدیث عروه ی بارقی استدلال شده و نتیجه گرفته شده است که اگر شخص یکی از این دو شاه را به همان قیمت یک دینار فروخته باشد، کافی است.

پس شیخ در اینجا می گوید: «قیل فیه وجهان احدهما یصح ذلک»، صحت در اینجا از این بابت است که شخص علم به رضا دارد به این معنی که مالک احتیاج به یک گوسفند دارد و پولی داده است تا این شخص یک گوسفند برای او تهیه کند. و یقیناً رضایت به این کار دارد که این شخص به جای این که دو گوسفند را نزد مالک ببرد، یکی از این دو را بفروشد و دیگری را به یک دینار بفروشد، یقیناً به این کار راضی است.

البته آن گونه که قائل به این «قیل» گفته است، از حدیث عروه بارقی مطلب دیگری فهمیده است. ایشان می گوید: رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلّم) «أمضی» عمل او را. و ظاهر این «أمضی» عبارت از این است که حضرت می فرماید: تو کار خوبی کردی و به او أحسنت می گوید. طبق برداشت این قائل، حضرت کار او را تقریظ کرده است به این معنی که قطع نظر از امضاء حضرت، این کار، کار خوبی بوده است و حضرت به خاطر خوب بودن کار، به او بارک الله گفته است. خلاصه این که بعضی ها بدون اجازه، این کار را صحیح دانسته اند.

بعضی دیگر هم گفته اند که شخص إذن برای فروش نداشته است و لذا عمل او صحیح نیست. البته راجع به این که دو شاه خریده است، شاید بگوییم که ما فحواً فهمیدیم که خریدن دو شاه به یک دینار اشکالی ندارد، یا کلام مالک که گفته است: یک دانه بخر، اطلاق داشته و لابشرط بوده است و لذا خریدن دو شاه اشکالی نداشته است، ولی این شخص برای فروختن یکی از این دو شاه إذن نداشته است. اگر هم کسی اشکال کند که چرا حضرت در روایت عروه بارقی آن شخص را تحسین کرده است؟ می گوییم که عروه وکیل مطلق حضرت بوده است و لذا بیع و شراء او بالوکاله انجام شده است.

از این عبارتی که شیخ بیان کرده است، کأنّ این طور استفاده می شود که اگر شخص بدون رضایت بخواهد عقدی را انجام بدهد، قابل تصحیح نیست و مواردی قابل تصحیح است که یا از اول علم به رضا بوده و یا وکیل مطلق از جانب مالک بوده است. شیخ در اینجا این بحث را مطرح کرده است و شاید علامه هم از همین جا استفاده کرده است که شیخ در مبسوط قائل به بطلان فضولی است. به هر حال، شیخ در خلاف و مبسوط قائل به بطلان فضولی شده است.

قول برخی دیگر از قدماء (حلبی- ابن براج- ابن ادریس)

ابوالصلاح حلبی قائل به بطلان شده و می گوید : این شخص ولایتی برای این کار نداشته است. ابن براج قائل به بطلان شده است . ابن ادریس قائل به بطلان شده است و اجماعی هم که در باب مضاربه نقل می کنند، به همین معنی دلالت دارد. ابن زهره قائل به بطلان شده و دعوای اجماع کرده است. قطب الدین کیذری در اصباح قائل به بطلان شده است و خلاصه این که همه ی اینها قائل به بطلان شده اند و در نتیجه می توان گفت که اکثر قدماء قائل به بطلان هستند.

مرحوم شیخ می فرمایند که معظم قدماء قائل به صحت شده اند، در حالی که این قول در بین قدماء خیلی شذوذ دارد و تقریباً به جز مفید و ابن جنید کسی قائل به صحت نبوده است و اکثر قدماء قائل به بطلان بوده اند. خلاصه مطلب به این روشنی نیست که در اینجا تلقی و ذکر می شود.

ص: ۲۹۲

البته این ادعای اجماعی هم که شـده است، شاید بر اساس کبریات مسلّمی باشد که منتج این قول است و ما هم عرض کردیم که گاهی این انتاج درست نیست. مثلاً وقتی گفته می شود: ما حق تصـرف در مال دیگری بـدون اذن او نـداریم، مرحوم شـیخ فروش را هم یـک نوع تصـرف در نظر گرفته است و این طور نتیجه گرفته است که مـا حق فروش مال دیگری بـدون اذن او را نـداریم. و بـا توجه به این که کـبرای کلی مسلّم و مورد قبول همه است، این طور نتیجه گیری کرده است که بنـابراین فضولی باطل است، در حالی که دیگران هم این کبری را قبول دارنـد، منتهی می گوینـد که این نتیجه گیری از کبری درست نیست و نتیجه ی دیگری می گیرنـد. بنابراین در این گونه اجماعاتی که نسبت به نتایـج اتفاق وجود ندارد، صـرف مسـلم بودن کبرای کلی کفایت نمی کند. البته می شود بگوییم که انسان با دیدن این نوع موارد، می تواند ظنّ به درست نبودن مطلب پیدا کند و شاید اینکه مرحوم شیخ متأخرین را ذکر کرده است، از همین باب برای تضعیف ظنّ بوده است.

بنابراین همان طوری که ما عرض کردیم، اکثریت قدماء قائل به بطلان هسـتند و فقط چند نفر مانند شیخ مفید و ابن حمزه قائل به صحت شده اند.

یکی از اشـتباهاتی هـم که واقع شـده است، عبـارت از این است که در پـاورقی فرمـایش شـیخ در خلاـف که گفته: «قـومٌ من اصحابنا» قائل به صحت شده اند، تعبیر شده است که مراد ابن جنید و شیخ مفید در مقنعه و ابن حمزه در وسیله است، در حالی که شـیخ در سال ۴۶۰ وفـات کرده و ابـن حمزه در سـال ۵۶۰ از دنیـا رفته است. بنـابراین، تفسـیر این قـول شـیخ به ابن حمزه، تسامحی است که در تفسیر کلام شیخ واقع شده است.

ص: ۲۹۳

به هر حال این اجماع حجّیّتی نـدارد، البته نه از این باب که اجماع مدرکی است، زیرا ما مدرکی بودن را مضـر به اعتبار اجماع نمی دانیم و با توجه به این که این مسئله از مسائل مبتلی به بوده، اگر در متون کتب قدماء راجع به بطلان چیزی بود، انسان می تـوانست از آن کشـف بکنـد کـه این متصـل به زمـان معصـوم است، ولی چـون در متـون قـدماء یـک چنین چیزی نیست، اگر اجماعی هم در مسئله باشد، به وسیله اجماع متأخر است که آن هم کفایت نمی کند.

بررسی تعبیر مرحوم شیخ انصاری «عدم الظنّ بالإجماع»- استدلال به عقل برای بطلان فضولی ۹۳/۰۹/۰۳

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: بررسی تعبیر مرحوم شیخ انصاری «عدم الظنّ بالإجماع»- استدلال به عقل برای بطلان فضولی

خلاـصه درس: حضـرت اسـتاد در این جلسه در ادامه ی بحث جلسه ی قبل، تعبیر شـیخ انصاری «عـدم الظنّ بالإجماع» را مورد نقـد و بررسـی قرار می دهنـد. در ادامه اسـتدلال قـائلین به بطلاـن بیع فضولی به دلیل عقل مطرح گردیـده و جواب های شـیخ انصاری به این اسـتدلال مطرح می گردد. اسـتاد هم اشکال خود و هم اشکال مرحوم خوئی بر جواب دوم شیخ را مطرح نموده و جواب آقای خوئی را ردّ می نمایند. ایشان در ادامه جواب سوم شـیخ را مطرح نموده و اشـکال مرحوم نائینی و جواب نقضی و حلّی مرحوم خوئی را بیان می فرمایند.

بررسی تعبیر مرحوم شیخ: «عدم الظنّ بالإجماع»

مرحوم شـیخ انصاری راجع به اجماعی که شـیخ طوسی و بعضی دیگر ادعا کرد ه اند، می فرماید: «عدم الظنّ بالإجماع» (۱) ما ظنّ به تحقّق این اجماع نـداریم، بلکه بعـد از این که معظم قـدماء و قاطبه ی متأخرین -الا ما شـذّ- خلافش را گفته اند، ظنّ به عدم تحقق آن داریم.

ص: ۲۹۴

۱- کتاب المکاسب، للشیخ الأنصاری، ج ۳، ص ۳۷۰، ط الحدیثه.

حـال سؤال این است که چطور ایشـان می گویـد: ظنّ به عـدم تحقق داریم، در حالی که بایـد می فرمود: قطع به عـدم داریم و باید بررسی شود که چرا تعبیر به ظنّ کرده است؟

این احتمال هست که نظر شـیخ انصاری عبارت از این باشـد که در عین حالی که ما ظنّ به اجماع نداریم، ولی وجود اجماع به این معنی که از فتوای جمـاعتی اطمینـان به صـدور حکم از معصوم حاصل بشود، محتمل است ولو اینکه موهوم باشـد. آن چه که قطعی است، عدم تحقق اجماع کل بر این قول است، زیرا با اختلافاتی که در این مسـئله وجود دارد، قطعاً اجماع کل منتفی و مقطـوع العـدم است. امـا اجمـاع به این معنی که قول و فتوای جمـاعتی کـاشف از قول معصوم باشـد، به نحو احتمـال موهوم وجود دارد و لـذا محتمل است که ادعای اجماع شـیخ طوسـی به این معنی باشـد که قول عده ای کاشف از قول معصوم باشد. البته این احتمال بعید است، ولی محتمل موهوم است و لذا شیخ تعبیر به ظنّ کرده است، نه تعبیر به قطع.

یـا این که بگوییم: مراد شـیخ طوسـی از اجمـاع، همان معنای رایـج و اصـطلاحی قوم است، ولی مقصود ایشان، اجماع طبقه ی أولی و اصـحاب ائمه است. به عبارت دیگر، هر چند در زمان شـیخ طوسی این قول مخالفینی داشته است، ولی ممکن است در طبقه ی أولی چنین اجمـاعی وجود داشـته باشـد. بنـابراین، احتمال موهومی برای ثبوت چنین مطلبی وجود دارد و لـذا ایشان به صورت بتّی و قطعی تعبیر نمی فرماید، بلکه می گوید: ظن به عدم داریم نه قطع به عدم.

پرسش: شاید اجماع شیخ از باب قاعده ی لطف باشد؟

پاسخ: آن هم یک احتمالی است.

پرسش: در اجماع از باب قاعده لطف عصر واحد کافی است ؟

پاسخ: شیخ ادعای عصر واحد نکرده است و بهتر هم این است که بگوییم: مقصود ایشان اجماع در طبقه ی اولی است.

پرسش: بعد از نقل اجماع می گوید: «و من خالف منهم لایعتدّ بقوله»؟

پاسخ: ممکن است مراد شیخ از اینکه می گوید: ما ظن به عدم تحقق اجماع داریم، عبارت از این باشد که شاید طبقه ی اولی از اصحاب ائمه، اجماع به این مسئله داشته اند و لذا به صورت قطعی نمی توانیم اجماع را منتفی بدانیم.

بنابراین، مسئله ی اجماع منتفی است و تحقق ثبوتی اجماع کفایت نمی کند، بلکه باید اثباتاً ثابت بشود که آن هم نه ظنّاً ثابت است و نه علماً و لذا این دلیل قابل استناد نیست.

استدلال به دلیل عقل برای بطلان بیع فضولی

یکی از ادله ای که برای بطلان بیع فضولی ذکر کرده اند، دلیل عقل است. شیخ در تقریب دلیل عقل می فرماید (۱) : عقل و نقل دلالت بر این می کنند که تصرف در ملک دیگری بدون اذن او کار قبیحی است و حکم به قبح این عمل می کند.

البته نقل را استطراداً ذکر می کند و برای آن هم یک مثال زده و می گوید: مصادیق آن قبلاً گذشت و آن چه که در این جا مورد بحث قرار می گیرد، خصوص دلالت عقل است.

پرسش: مراد از نقل همین لا یجوز التصرف الا برضاه و باقی ادله است؟

۱- کتاب المکاسب، للشیخ الأنصاری، ج ۳، ص ۳۷۱، ط الحدیثه.

پاسخ: بله مراد همین ادله است که قبلاـ بحث شده است و دلیل «لایجوز التصرف» داخل در دلیل نقل است. بحث دلیل نقلی گذشت و ایشان فعلاً دلیل عقل را می خواهد مطرح کند. قبلا فرمود مراد از جواز، صحت فعلیه است و «لایجوز» در مقابل آن است و این بحث گذشت و شیخ فعلاً راجع به مسئله ی عقل بحث می کند.

عقل تصرف در ملک دیگری و بیع آن را بدون اذن مالك قبیح می داند. تصرف هم تنها تصرف تکوینی نیست، بلکه تصرف اعتباری هم یکی از اقسام تصرف است و حتی گاهی تصرف اعتباری مبغوض تر از تصرفات تکوینی است. مثلاً اگر کسی یک دانه سیب را از منزل شخصی بدون اجازه ی او بخورد، کار قبیحی انجام داده است، ولی فروختن ملك شخص بدون اجازه ی او اقبح است و لو این که فروش ملك یک تصرف اعتباری است و خوردن سیب یک تصرف تکوینی. بر همین اساس حکم به عدم جواز، فساد و بطلان این معامله می کنیم.

اشتباه مرحوم آقای خوئی در تقریر فرمایش مرحوم شیخ

آقای خوئی در تقریر کلام شیخ، اشتباه نموده و بحث را منحرف کرده است. مرحوم خوئی می گوید: شرعاً از تصرف در ملك دیگری نهی شده است و بیع هم با توجه به این که یکی از مصادیق تصرف است، منهی می باشد. نهی در معاملات هم که موجب فساد است و لذا بنابراین بیع فاسد خواهد بود.

این تقریری است که مرحوم آقای خوئی برای فرمایش شیخ بیان کرده است، ولی این نوع استدلال، استدلال به سنت است نه به عقل مستقل، در حالی که شیخ می خواهد به عقل مستقل استدلال نماید.

جواب های شیخ به دلیل عقل

شیخ بعد از تقریر دلیل عقل و حکم مستقل عقل، پنج جواب پشت سر هم بیان می فرماید:

جواب اول شیخ: جواب اول ایشان عبارت از این است که وقتی شخص در فضولی ملک دیگری را می فروشد، نمی خواهد با این بیع مطلب را تمام بکند، بلکه وقتی این شیء را می فروشد، قصدش این است که بعداً موافقت مالک را کسب بکند و اگر مالک موافقت کرد، ترتیب اثر بدهد و اگر هم موافقت نکرد که هیچ. عرفاً بر چنین کاری تصرف اطلاق نمی شود و کسی نمی گوید که این شخص در ملک دیگری تصرف کرده است.

جواب دوم شیخ: اگر هم بپذیریم که این کار تصرف شمرده می شود، ولی عقلِ مستقل دلالت بر این دارد که بعضی از تصرفات، بدون إذن هم جایز است و این مورد از همان تصرفات جایز است و جوازش به وسیله عقل مسقل ثابت شده است و از اول خود عقل در حکم عقلی یک استثنایی دارد. مثل استضائه به نور دیگری و یا گرم شدن با نار دیگری. عقل مستقل چنین تصرفاتی را جایز می داند.

اشکال ما به جواب دوم شیخ

به غیر از اشکالی که آقای خوئی کرده است و بعد به آن اشاره می کنیم، می توانیم به این جواب این طور اشکال کنیم که در مثالی که ذکر شد، تصرف در خود چراغ یا نار واقع نشده است، بلکه تصرف در انتفاع از آن هاست و از جهت عقل و نقل هیچ اشکالی در انتفاع از ملک غیر به این صورت نیست، مثل این که انسان باغ یا خط زیبایی را که متعلق به شخص دیگری است، تماشا کند. در بسیاری از موارد که انسان چیزهای زیبایی را تماشا می کند، از آن ها لذت بصری برده و از ملک دیگری منتفع می گردد، ولی به هیچ کدام از این انتفاع ها تصرف اطلاق نمی شود تا اشکال داشته باشد.

ص: ۲۹۸

مثلاً گاهی عبد یک شخصی با صدای خوش قرآن می خواند و شما گوش می کنید یا از سایر صداهای خوش لذت می برید و به وسیله ی قوه ی سامعه منتفع می شوید و هیچ اشکالی هم وجود ندارد.

بنابراین، در این گونه موارد، هر چند انتفاع از ملک دیگری حاصل شده است، ولی تصرف به حساب نمی آید. پس بنابراین اول باید صغرویا ملکیت شخص، نسبت به این نور و گرما ثابت بشود تا بعد کبرویا بگوییم که انتفاع شما از آن ها، تصرف در ملک دیگری است. آن چه که ملک دیگری است، همان آتش و یا چراغ است که نباید در آن ها تصرف کرد، ولی انتفاع از نور و گرما اصلا ملک دیگری نیست که تصرف در ملک دیگری حساب شود. پس بنابراین نمی توانیم این گونه انتفاع ها را تصرف به حساب بیاوریم، بر خلاف بیع منزل که نقل اعتباری است و عرفاً یا شرعاً طرف مقابل اختیاردار خانه و این شخص هم اختیاردار پول می شود. بر این گونه موارد، تصرف صدق می کند و قهراً اشکال دارد و جز ء مستثنیات عقل نمی باشد.

بیان اشکال آقای خوئی

آقای خوئی هم این وجه دوم را قبول نکرده است، ولی تعبیر ایشان در ردّ این وجه عبارت از این است که این گونه امور (استفاده از نور و گرما) جزء امور عقلی مثل حسن احسان و قبح ظلم و امثال آن نیست. (۱)

بر جواز برخی از تصرفات، سیره مستقر شده است یا اماره بر رضایت مالک داریم، ولی منهای سیره و اماره بر رضا، عقل در این موارد حکم به جواز تصرف ندارد و کأنّ جواز تصرف در این مواردی که ذکر شد به جهت قیام سیره یا علم و اطمینان به رضاست.

ص: ۲۹۹

۱- مصباح الفقاهه (المکاسب)، السید أبوالقاسم الخوئی، رج ۴، ص۱۰۲.

ردَ اشکال آقای خوئی

ولی به نظر می رسد که این طور نیست و عقلِ مستقل می گوید: اگر مالکِ آتش بخواهد کسی را از انتفاع به گرما منع کند، یا مالک چراغ از انتفاع به نور و یا مالک دیوار از انتفاع به سایه منع کند، این کار ظالمانه است و نسبت به این منع هم تنفر پیدا می کند. همانطور که عقل مستقل خیلی از مصادیق را ظلم می داند و تنفر نسبت به آن ها دارد. مثل کارهایی که الان داعش انجام می دهد. بنابراین اشکال مرحوم خویی به مرحوم شیخ وارد نیست، و عدم منع نسبت به انتفاع به این جهت است که شخص نسبت به نور یا گرما ملکیتی ندارد.

پرسش: اگر کسی باغی داشته باشد، آیا می تواند به دور آن دیوار بکشد و بگوید: به باغ من نگاه نکنید؟

پاسخ: این کار ایجاد مانع تکوینی است و اشکالی ندارد.

پرسش: حال اگر دیوار بلند کشید می تواند برود جای بلند تر و نگاه کند یا این قرینه است که مالک راضی نیست و نباید نگاه کند؟

پاسخ: بله می تواند نگاه کند البته اگر کسی بخواهد به داخل خانه ی کسی نگاه کند، بحث دیگری است که به جهت مفاسدی که این کار دارد، از آن منع شده است، ولی ذاتاً نگاه کردن اشکالی ندارد.

پرسش: آیا اگر قرینه ای باشد نمی توانیم قائل به منع بشویم مثلا چیزی دارد که نمی خواهد کسی ببیند؟

پاسخ: موضوع اسرار اشخاص عناوین دیگری است و غیر از عنوان تصرف در ملک شخص است. اگر انسان بدون تصرف در ملک دیگری، از راه دیگری بخواهد اسرار کسی را به دست بیاورد، این کار هم اشکال دارد، ولی نه به عنوان تصرف در ملک دیگری. بحث ما به عنوان تصرف در ملک دیگری است.

خلاصه این که در این مثال های که شیخ بیان فرموده است، عنوان تصرف در ملک دیگری صدق نمی کند. آقای خوئی هم می گوید که این انتفاع از نور و ناری که شیخ مثال زده است، به جهت قیام سیره یا اماره بر رضاست و مثل قبح ظلم و امثال آن از احکام عقلی نمی باشد، ولی به نظر ما این مثال هایی که شیخ زده است هم از قبیل همین احکام عقل است و هیچ فرقی با هم ندارند. اگر هم در این موارد سیره ای باشد، سیره ای است که مستند به حکم عقل است.

پرسش: قدیم پول می دادند برای نار و نور؟

پاسخ: صورتی را میگوییم که نور یا گرما آمده به ملک دیگری، اگر کسی بخواهد مانع از انتفاع دراین موارد بشود، عقل فطری آن را ظالمانه دانسته و ایجاد چنین محدودیتی را تقبیح می کند.

شیخ در اشکال دوم فرموده بود که اگر هم چنین کاری تصرف باشد، تصرفی است که به حکم عقل جایز است. به حکم عقل یا به حکم دلیل دیگری، این مطلب در عبارت شیخ خیلی دخالت ندارد.

خلاصه این که طبق فرمایش ایشان، اگر هم این گونه امور تصرف هم باشد، از تصرفات جایز می باشد و بعد هم آن مثال ها را بیان می فرمایند.

ما هم عرض کردیم که در مثال های که ایشان بیان کرده است، بین انتفاع و تصرف خلط شده است. و الا معلوم نیست که به حکم عقل نسبت به تصرف استثنائی واقع شده باشد و عقل برخی تصرفات را تجویز کرده باشد.

ص: ۳۰۱

التبه ممکن است که شرع بعضی از تصرفات در ملک دیگری را که خلاف عقل سالم نیست، تجویز کند مثل اکل مارّه. اکل مارّه تصرف در ملک دیگری است، ولی خلاف عقل نیست. حتی در بعضی از موارد به جهت وجود برخی مصالح، تصرف در ملک دیگری را لازم می دانند مثل این که شما برای نجات یک فرد، لازم باشد در ملک شخصی تصرف بکنید. منتهی اصل اولی عبارت از این است که بدون وجود معارضه با جهات و عناوین دیگر، عقل تصرف در ملک دیگری را جزء قبایح به حساب می آورد.

منظور از «مال»

یک مطلبی که شیخ و دیگران ذکر نکرده اند، عبارت از این است که او باید ببینیم کلمه ی مال به چه چیزی اطلاق می شود و بعد بگوییم که تصرف در مال دیگری قبیح است. بنابراین قضیه ی ما ضرورت بشرط المحمول خواهد بود و خلاصه این که باید ابتداء به مصادیق خارجی نگاه کنیم.

مثلاً وقتی زید شرعاً و عرفاً مالک یک خانه ای شده، آیا عقل مستقل اجازه ی تصرف بدون اذن را نمی دهد یا این مطلب مربوط به عقل مستقل نیست؟

عرض ما این است که همین اعتبار مالیت، گاهی به وسیله حیازت برای اشخاص حاصل می شود که در چنین مواردی شاید بتوان گفت که عقل مستقل اجازه ی تصرف نمی دهد. ولی در مواردی که مربوط به حیازت نیست و این اختصاص به جهت وجود برخی قوانین حاصل شده است، قانون ارتباطی به عقل مستقل ندارد، مثل این که شارع ممکن است فلان معامله را صحیح یا باطل بداند که در صورت بطلان این ملک، ملک زید می شود و در صورت صحت، ملک عمرو می شود.

چیزهایی هم که در ربا است، همین طور است که در جنس واحد یا متعدد، مکیل و موزون بودن یا نبودن، حکم مسئله فرق می کند و مالیت برای این زید ثابت می شود یا از او سلب می گردد، این طور نیست که همه ی این ها احکام عقل مستقل باشد.

هر چند می توان در باب حیازت قائل به حکم عقل فطری اولی در عدم جواز تصرف شد، اما سایر موارد مجعولات شرعی است و ربطی به عقل مستقل ندارد. بله بر فرض مالکیت اصلا در مالکیت اختصاص خوابیده و ضرورت به شرط محمول است.

خلاصه به نظر ما ذکر این موارد به عنوان حکم عقل مستقل محل کلام و تأمّل است.

جواب سوم شیخ

جواب سوم شیخ از استدلال به دلیل عقل، عبارت از این است که اگر هم مرحله ی دوم را نپذیرفته و بگوییم که این تصرف استثناء نشده است وعقلاً این تصرف حرام است و قبح عقلی دارد، باز هم می توانیم بگوییم که هر چند این کار حرام است، ولی حرمت دلالت بر بطلان وضعی نمی کند. مثل این که بیع وقت النداء حرام است، (شیخ شاید این مثال را نزده باشد) ولی لازمه ی این حرمت، اثر وضعی بطلان بیع نیست. بنابراین اگر هم چنین تصرفی حرام باشد، باز هم دلیل بر بطلان بیع فضولی نخواهد بود.

اشکال مرحوم نائینی

آقای نائینی این مطلب شیخ را ردّ کرده و می فرمایند (۱) : گاهی نهی از سبب شده و آن چه که مبغوض شارع است نفس سبب است و کاری به ترتب و عدم ترتب مسببات ندارد. مثل بیع وقت النداء. شارع در این گونه موارد کاری به ترتب و عدم ترتب نقل و انتقال ندارد، و منظور این نیست که از نقل و انتقال بدش می آید. بلکه مزاحمت این کار با نمازجمعه مبغوض شارع است و این فعل بما هو چه فاسد باشد چه نباشد، چه ترتب اثر باشد و چه نباشد، همین که انسان با صدای بلند فریاد بزند ولو اینکه انشایی هم نباشد همین مزاحم نماز جمعه است و مبغوض و منهی شرع است. ولی دلالت بر فساد نمی کند.

۱- المکاسب و البیع، للمیرزا النائینی، ج ۲، ص۳۹، ط الحدیثه.

ولی اگر مسبب منهی شد، قهراً تسلیم مبیع به طرف مقابل شرعاً جایز نیست و لذا مقدور به قدرت شرعی نخواهد بود و با توجه به این که یکی از شرایط صحت معامله، مقدور بودن آن است، در این جا به جهت عجز شرعی از نظر عالم اعتبار، قهراً معامله فاسد خواهد بود.

جواب نقضی و حلی آقای خوئی به مرحوم نائینی

جواب نقضی: ایشان می فرماید: قدرت نسبت به فعل و ترک متساوی است به این معنی که «إن شاء فعل و إن لم یشأ لم یفعل»، بنابراین اگر ما قدرت را شرط بدانیم و آنرا اعم از قدرت شرعی و خارجی بدانیم، نتیجه این می شود که در جایی که مثلاًـ ضرورت دارد انسان خانه اش را بفروشد تا به مکه برود یا به اقتضاء شرطی که کرده است، باید بگوییم که فروش خانه باطل است، زیرا داشتن قدرت به معنای مختار بودن شخص نسبت به فعل و ترک است و قهراً در این جا شخص قدرت شرعی ندارد و لذا معامله باطل است.

جواب حلّی: آن چه در صحت معاملات معتبر است، قدرت تکوینی است نه قدرت اعم از تکوینی و شرعی و لذا ایشان می فرمایند که قدرت شرعی معتبر نمی باشد.

البته هم نسبت به فرمایش ایشان و هم نسبت به فرمایش آقای نائینی مناقشه هایی وجود دارد.

استدلال به دلیل عقل برای بطلان فضولی و بررسی جواب مرحوم شیخ ۹۳/۰۹/۰۴

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: استدلال به دلیل عقل برای بطلان فضولی و بررسی جواب مرحوم شیخ

خلاصه: در این جلسه ابتدا جواب سوم مرحوم شیخ به استدلال به عقل مطرح و در ادامه اشکالات مرحوم نائینی و مرحوم نائینی بررسی می شود.

ص: ۳۰۴

استدلال به عقل برای بطلان بیع فضولی

شیخ فرمود (۱) که دلیل عقلی بر بطلان معامله فضولی عبارت از این است که عقل تصرف در ملک دیگری بدون اذن او را قبیح می داند و لازمه ی این قبح عبارت از بطلان و فساد عقد است.

جواب های مرحوم شیخ بر استدلال به عقل

جواب اول: صغرای این استدلال ناتمام است و عقد فضولی به این قصد که بعداً از مالک استجازه بشود و در صورت موافقت مالك ترتیب اثر داده شود، عرفاً تصرف شمرده نمی شود تا صغری برای حکم عقل قرار بگیرد.

جواب دوم: اگر صغری را هم بپذیریم و بگوییم که بیع فضولی تصرف در مال دیگری است ولی کبری به طور کلی درست نیست و استثنائاتی دارد. و این طور نیست که تصرف در مال دیگری بدون استثناء ممنوع باشد، بلکه در برخی موارد استثناء خورده و به حکم عقل جایز است مثل استضاء به مال غیر یا گرم شدن با مال غیر. این مورد بحث ما هم می تواند از حکم عقل استثناء شده باشد.

جواب سوم: بر فرض که ما قبح و حرمت این کار را قبول کنیم، ولی قبیح و حرام بودن هیچ ارتباطی به بطلان وضعی ندارد. بنابراین، اگر هم به جهت قبح عقلی این کار تکلیفاً حرام باشد، ربطی به بحث ما نخواهد داشت، زیرا بحث ما در بطلان وضعی و ترتیب اثر دادن به این معامله است.

ص: ۳۰۵

۱- کتاب المکاسب، للشیخ الأنصاری، ج ۳، ص ۳۷۱، ط الحدیثه.

اشکال آقای نائینی به جواب سوم

آقای نائینی در تقریب بطلان وضعی و جواب به مرحوم شیخ می گوید [(۱)](#) : اگر حرمت به سبب بخورد، که عبارت از الفاظ ایجاب و قبول و امثال آن است، در این صورت حرمت مستلزم بطلان وضعی نخواهد بود مثل بیع وقت النداء که خود معامله بما أنه فعل من الافعال حرام است و تفاوتی نمی کند که این فعل معنی دار باشد یا بی معنا، هر طور که باشد، چون یک نحوه تزاحم و تضادی با نمازجمعه دارد، شارع گفته است که این کار را نکنید. در این جا نتیجه ی این نهیی که به مناط تضاد واقع شده است، بطلان معامله نیست.

ولی گاهی نهی به مناط مسبب است که در این صورت معامله باطل خواهد بود، زیرا با توجه به این که شخص شرعاً مجاز به تسلیم به طرف مقابل نمی باشد، قدرت شرعی بر انجام وظیفه ی خود را ندارد و در قهراً معامله باطل خواهد بود. به عبارت دیگر، یکی از شرایط صحت معامله این است که شخص قدرت داشته باشد و این قدرت هم اعم از قدرت تکوینی خارجی و قدرت شرعی است و لذا کسی که شرعاً یا تکویناً فاقد قدرت است، فاقد شرط صحت معامله است و در نتیجه حرمت نسبت به مسبب، موجب فقدان شرط و بطلان معامله خواهد بود.

جواب آقای خوئی به کلام آقای نائینی

آقای خوئی می فرمایند: اگر این فرمایش ایشان درست بوده و قدرت (اعم از تکوینی و شرعی) شرط در صحت معامله باشد، اگر کسی شرط یا نذر به انجام معامله ای کرده باشد، با توجه به این که انجام معامله بر او شرعاً واجب است، قدرت شرعی وجود ندارد، زیرا وقتی انسان قدرت دارد که اختیار نسبت به فعل و ترک داشته باشد و قهراً طبق فرمایش ایشان باید معامله در این صورت باطل باشد، در حالی که این طور نیست.

ص: ۳۰۶

۱- المکاسب و البیع، للمیرزا النائینی، ج ۲، ص۳۹، ط الحدیثه.

به عبارت دیگر قـدرت متعلق به طرفین است، به این معنی که «إن شاء فعل و إن لم یشأ لم یفعل» به چنین موردی مقـدور گفته می شود، اما اگر یک چیزی ضـروری الثبوت یا ضـروری الامتناع باشـد، فاقـد قدرت است و به چنین چیزی مقدور اطلاق نمی شود، همان گونه که پریدن به آسمان و اجتماع نقیضین مقدور نمی باشد.

آقای نائینی می فرمایند: در معامله، هم قدرت شـرعی معتبر است و هم قدرت عقلی و در نتیجه هم امتناع شـرعی موجب بطلان معامله است و هم ضـرورت شـرعی. بنابراین اگر از کسی تشریعاً سلب قدرت شد، معامله باطل خواهد بود و قهراً اگر به واسطه ی شـرط معامله ای بر او واجب شده باشد یا نذر به انجام یک معامله ای کرده باشد، باید معامله باطل باشد، زیرا تسـلیم در این صورت تحت اختیار انسان نیست و اگر اختیاری در کار نباشد، تسـلیم ضروری خواهد بود و طبق فرمایش آقای نائینی باید این معامله را باطل بـدانیم، در حالی که عدم بطلان چنین معامله ای واضح است. بنابراین از مطالبی که گفته شد، این طور اسـتفاده می شود که فقط قدرت تکوینی شرط در صحت معامله است، نه اعم از تکوین و تشریع آن طور که آقای نائینی می فرماید.

مناقشه درکلام آقای خوئی

آقای خوئی نسبت به لفظ و کلام آقای نائینی مناقشه ا ی کرده است و جدای از مناقشه، یک مطلب نادرستی را هم ادعاء کرده است.

منظور آقای نائینی از معتبر بودن قدرت در صـحت معامله، قدرت با حصـر اضافی در مقابل امتناع است، یعنی اگر چیزی امتناع وصول داشـته باشـد، معـامله بر آن واقع نمی شود. بنـابراین طبق نظر ایشـان امکان وصول به امکان عام در صـحت معامله معتبر است، منتهی مرحوم نـائینی به جـای امکان عام، تعبیر به قـدرت کرده است، ولی مراد از قـدرت، حصـر اضافی در مقابل امتناع است و خلاـصه این که ایشان می فرمایـد: معامله بر آن چیزی که وصولش ممتنع است، صـحیح نیست. و مراد آقای نائینی این نیست که در جانب طرفین قـدرت معتبر باشـد. و چنین چیزی هم معتبر نیست، مثل این که من مالک این خانه هسـتم و زید در خانه نشسـته است و این خانه ای که نمی توانم از چنگ شان در بیاورم را به زید می فروشم. در این جا امکان به معنای قدرت برای وصول و ایصال در کار نیست، ولی معامله صحیح هست، زیرا امتناع وصول ندارد. معامله ای باطل است که امتناع وصول داشـته باشد و خلاصه این که شرط صحت معامله امکان وصول بالمعنی الاعم است و در جایی هم که عین مال در دست خود شخص است و نمی شود خارج بشود هم امکان بالمعنی الاعم هست و لذا معامله صحیح است.

آقای خوئی به لفظ آقای نائینی نقض کرده است، ولی مراد مشخص است و به جای آن لفظ باید لفظ امکان وصول گذاشته بشود که نظر آقای نائینی هم همین است. پس بنابراین امکان وصول شرط در صحت معامله است.

آقای خوئی قدرت را شرط کرده است، منتهی ایشان می فرماید که قدرت تکوینی معتبر است و از بیانی هم که در ردّ آقای نائینی دارد، معلوم می شود که اگر هم ضرورت تکوینی باشد، معامله باطل است، با این که اگر ضرورت تکوینی باشد، بطلانی در کار نیست. آقای خوئی به این مطلب تصریح کرده است که بین تکوین و تشریع فرق است، ولی بین ضرورت ثبوت و ضرورت امتناع فرقی نمی گذارد، با این که بین ثبوت و امتناع فرق است و آن چیزی که شرط است، عبارت از این است که ممتنع الوصول نباشد، حال چه ضرورت ثبوت هم داشته باشد یا از نظر ثبوت محتمل باشد.

اشکال ما به مرحوم نائینی

گفتیم که منظور مرحوم نائینی شرطیت امکان وصول است. و اما به نظر ما شرطیت امکان وصول در معامله ، در خیلی از موارد متعارف نیست مثل این که ملك من در دست یك غاصب قوی است که از من سلب اختیار کرده است و من نمی توانم ملك خود را از او پس بگیرم و این ملك را به عمرو می فروشم. عمرو هم نمی تواند این خانه را از او پس بگیرد و قدرتی بر این کار ندارد. در این جا نه قدرت بر تسلیم هست و نه قدرت بر تسلّم. ولی عمرو می تواند این خانه را با همین شرایط به شخص ثالثی بفروشد که توان گرفتن ملك از غاصب را دارد. چنین معامله ای عقلائی است و اشکال ندارد دلیلی هم بر اعتبار شرعی تسلیم و تسلم نداریم که بگوییم: چون هیچ کدام از فروشنده و خریدار قدرت تسلیم و تسلم نداریم، پس معامله باطل است.

بنابراین در چنین مواردی معامله صحیح است و اشکالی وجود ندارد. و قدرت بر تسلیم یا تسلم در همه جا معتبر نیست. البته معامله ای که لغو باشد و هیچ کدام از طرفین نتوانند از آن استفاده ای بکنند، فایده ای ندارد، اما در این گونه موارد که مثال زده شد هر چند که نه فروشنده و نه مشتری از هیچ کدام کاری ساخته نیست، ولی مشتری می تواند به کس دیگری بگوید که آن را وصول کند و همین مقدار در صحت معامله کفایت می کند.

اشکال دوم بر فرمایش مرحوم نائینی

خلاصه این که کأنّ مدعای آقای نائینی عبارت از این است که اگر یک چیزی امکان وصول نداشته باشد، معامله ی آن ممنوع است و چون با نهی شرعی امکان وصول شرعاً ممتنع می شود، بنابراین شرط صحت -که عبارت از امکان وصول است- منتفی است و لذا معامله باطل می شود.

ولی عرض ما به آقای نائینی عبارت از این است که فرض مسئله در جایی است که مسبب مورد تحریم قرار گرفته است که مثلاً مالکیت زید ممنوع شده است و شارع نمی خواهد که زید مالک باشد. ولی بحث در این است که هر چند این مالکیت مبغوض شارع است، ولی زمانی که اسباب آن محقق شد، مسبب هم — که مبغوض شارع است- محقق می شود.

مثلاً- زنا مبغوض شارع است، ولی زمانی که مقدماتش فراهم بشود، این فعل مبغوض شارع هم محقق می شود. ربا مبغوض شرع است، ولی وقتی مقدمات و اسبابش حاصل بشود، این مبغوض شارع هم حاصل می شود.

ص: ۳۰۹

بنـابراین، مبغوضـیت شـرع سـبب نمی شود که آن شـیء ممتنع الوجود شود. ولـذا این همه محرمـات در عـالم خـارج بـا تحقق اسبابشان محقق می شوند، در حالی که همه ی آن ها مبغوض شارع هستند. یا مثلا گاهی شخصی می میرد و مال او با توجه به ادله ی ارث به ورثه اش منتقـل می شود، ولی این وارث آدمی است که این پول را در راه هـای باطـل صـرف می کنـد و قطعاً پول دار شـدن این شـخص، مبغوض شارع است، ولی ادله ارث می گوید: اگر این شـخص مُرد، مال او به وسـیله ی اسـباب، به همین وارث منتقل می شود. قهراً با این اسباب مبغوض شارع حاصل می شود، ولی ما نمی توانیم بگوییم که چون با این اسبابی که شـرع قرار داده است، مبغوض شـارع حاصل می شود، پس بنابراین بایـد شارع در این اسـباب تصـرف بکنـد تا این شـخص وارث نشود! چنین ملازمه ای در کـار نیست. این مثـل این است که بگوییم: چون شـارع می دانست که شـمر کارهای کـذائی خواهد کرد، اصـلاً نباید شـمر را خلق می کرد. مصالح کلی اقتضاء می کند که یک چیزهایی سبب و یک چیزهایی هم مسبب باشـد. اختیار و جهات دیگر هم در جای خودش هست. بنابراین، اگر ما به وسـیله نهی و حرمت فهمیدیم که مسـبب از معامله- که عبارت از مالکیت طرف است- مبغوض شرع است، نتیجه اش این نمی شود که تسلیم مبیع هم حرام باشد.

مثل این که معامله ای به صورت صـحیح واقع شده است و من می دانم که اگر مبیع را تسلیم مشتری بکنم، او در راه های باطل مانند قتل نفوس و امثال آن صـرف خواهد کرد. در این جا از مبغوضیت مسبب نمی توانیم بطلان معامله را استفاده بکنیم. حتی اگر حرمت تسـلیم هم باشد، باز هم منافاتی با صـحت معامله و مالکیت طرف مقابل ندارد. بلکه آن چیزی که با صـحت معامله منافـات دارد، عبـارت از این است که ترتیب اثر دادن به معامله ممنوع شـده باشـد که لازمه ی چنین چیزی بطلان معامله است، ولی اگر مـالکیت مبغـوض و ممنـوع شـرع شـد، لازمه ی آن عبـارت از این نیست که ترتیب اثر دادن علی فرض المـالکیه هم ممنوع باشد، تا شما بگویید که چون ترتیب اثر دادن ممنوع است، پس بنابراین اصلاً مالکیت هم حاصل نمی شود، بلکه ما می گوییم که مالکیت به وسیله ی اسباب حاصل می شود و باید به آن ترتیب اثر هم بدهیم.

ص: ۳۱۰

البته ترتیب اثر دادن هم فقط به این نیست که مبیع تسلیم طرف مقابل بشود، حتی ممکن است تسلیم مبیع هم حرام باشد، بلکه ترتیب اثر دادن می تواند به این صورت باشد که مثلاً اگر شخص بخواهد در این مبیع تصرفی بکند، لازم است که از مالکش اجازه بگیرد و اگر مالک اجازه داد، می تواند تصرف بکند.

بنابراین بطلان معامله منوط به حرمت ترتیب اثر دادن است که در این صورت معامله باطل خواهد بود، ولی ممنوع شدن غیر این مورد، حتی اگر تسلیم و تسلم هم ممنوع شده باشد، باز هم موجب بطلان نخواهد شد.

پس اینکه آقای نائینی فرموده است: چون خود مسبب —که عبارت از ملکیت طرف مقابل است- مبغوض عقل و شرع است، بنابراین معامله فاقد شرط تسلیم و تسلم است و در نتیجه ملکیت برای شخص حاصل نمی شود و معامله باطل است، این فرمایش ایشان از جهات متعدد ناتمام است و هیچکدام از تسلیم و تسلم تکوینی و اعتباری، شرط در صحت معامله نیست و فقط تنها چیزی که شرط است، عدم منع از ترتیب اثر دادن به معامله است.

اشکال مرحوم خویی به مرحوم شیخ

آقای نائینی فقدان شرط را موجب بطلان معامله بر می شمارند ولی آقای خوئی می فرمایند که ظهور ادله ناهیه و تفاهم عرفی از نواهی، بطلان معامله است. چرا ملازمه وجود نداشته باشد؟ همین تفاهم عرفی کافی برای مطلب است.

اشکال ما به مرحوم خویی

بحث شیخ راجع به نهی لفظی نیست تا شما بگویید: از این الفاظ چه چیزی استفاده می شود؟ ایشان می فرمایند: اگر یک چیزی حرام شد، این لازمه اش بطلان نیست، ولی آقای خوئی در ردّ این فرمایش ایشان می فرمایند: که نهی در اینجا مولوی نیست بلکه نهی ارشادی است و لذا حرام نیست. در حالی که این مطلب بر خلاف فرض مرحوم شیخ است، زیرا بحث ما در نواهی نیست، بلکه در حکم عقل است و ما فرض کردیم که بیع تصرف است و عقل تصرف را به تمام مصادیقش من غیر استثناءٍ قبیح و حرام دانسته است.

بنابراین اینکه ایشان می فرمایـد: نهی ارشادی است (معنای ارشاد این است که حرام نیست) ارتباطی به بحث شیخ نـدارد، زیرا بحث ایشـان در حکم عقـل به حرمت تصـرف است که این حکم، حکم ارشـادی نیست، بلکه حکم مولوی است و حرمت می آورد، منتهی باید این مطلب اثبات بشود که آیا این حرمت ملازمه ای با بطلان دارد یا ندارد؟ ما هم عرض کردیم که اگر بیان آقای نائینی را نپذیرفتیم، چنین ملازمه ای وجود ندارد و وجهی برای آن نیست.

ظهور معاملات در وضع

آقای خوئی بیان کرده است که معاملات ظهور در وضع دارد، ماننـد مرکبات که اگر یک چیزی ذکر شـد، شـرطیت و جزئیت از آن اسـتفاده می شود، ولی به نظر مـا وجهی برای این فرمـایش ایشـان نیست. البته اگر یـک مطلـبی از خـارج فهمیـده بشود، مطلب دیگری است، ولی اگر در مرکبات یک چیزی ذکر شـد، ماننـد حـج که یک عـده اجزائی دارد و یک عده ممنوعات و محرمـاتی برای آن بیـان شـده است، خود آقایـان می گوینـد که این محرمات احرام، مبطل حـج نیست، البته جماع مورد بحث هست، ولی بقیه ی محرمات احرام مبطل نیست هر چند که شخص کار حرامی انجام داده است، ولی حج باطل نمی شود.

بنـابراین چرا اگردر یـک امر مرکبی گفتنـد: فلاـن کـار را نکن یا فلان کار را بکن، ما بگوییم که حتماً جزئیت یا مانعیت برای آن هست؟ جزئیت و مـانعیت و امثـال آن بایـد به تناسب حکم و موضوع و از جهات خارج فهمیـده بشود، یا از اجماعات یا از تناسبات حکم و موضوع فهمیده بشود، ولی نفس اینکه چون مرکب است، اگر یک چیزی گفته شد، حتماً مربوط به مانعیت یا شرطیت باشد، چنین ملازمه ای وجود ندارد.

آنچه که ما می فهمیم عبارت از این است که عرف از نواهی در معاملات – نه در مرکبات و جزئیت و شرطیت– این را می فهمد که در متعارف مواردی که اشخاص معامله می کنند، جنبه موضوعیت برای معامله برای متعاملین نیست، بلکه آنها مقدمه برای ترتیب اثر است. این شیء را می خرند و می فروشند تا ترتیب اثر خارجی بدهند و نفس این معامله ای که انجام می دهند، موضوعیتی ندارد، بلکه معامله مقدمه برای ترتیب اثر دادن است.

مثلاً اگر گفتند: این کار را نکن، معنایش این است که این کار از نظر مقدمیت مفید نیست و کار بیهوده ای است.

بنابراین، می توانیم بگوییم که چنین تفاهم عرفی وجود دارد و سابقاً هم ما عرض می کردیم اگر بگویند: اگر اراده بکنی که فلان کار را بکنی، چطور است یا اگر علم داشته باشی، چطور است... در خیلی از این موارد علم و اراده مقدمه برای ترتیب اثر بر مراد است و اینها ظهور در موضوعیت ندارد و گاهی ظهور در طریقیت پیدا می کند.

به هر حال این دلیل سوم شیخ که عبارت از این است که اگر هم حرام بدانیم، مستلزم بطلان نیست، مطلب تمامی است و حرام مستلزم بطلان نیست.

جواب سوم و چهارم مرحوم شیخ بر استدلال به عقل برای بطلان فضولی ۹۳/۰۹/۰۵

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: جواب سوم و چهارم مرحوم شیخ بر استدلال به عقل برای بطلان فضولی

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه در ادامه ی بحث قبلی به بیان جواب های مرحوم شیخ به مستدلین به حکم عقل برای بطلان فضولی می پردازند. ایشان جواب سوم و چهارم مرحوم شیخ را مطرح نموده و فرمایش مرحوم نائینی راجع به جواب چهارم را نقد می فرمایند. و دفاع مرحوم آقای خوئی از مرحوم شیخ به واسطه ی دلالت لفظی نهی را تغییر مسیر بحث دانسته و در ادامه به دلالت نهی در مرکبات بر فساد و ردّ این دلالت می پردازند. ایشان در انتها با بحث راجع به دلالت نهی در معاملات بر بطلان و نقد نظر ابوحنیفه، درس را به پایان می رسانند.

ص: ۳۱۳

جواب های مرحوم شیخ به استدلال به عقل برای بطلان فضولی

در جواب استدلال کسانی که به دلیل عقل برای بطلان فضولی استدلال کرده بودند، مرحوم شیخ چهار جواب داده بود که به حسب ترتیبی که مرحوم شیخ بیان کرده است (۱) ، ما دیروز جواب چهارم را به جای جواب سوم ذکر کردیم.

جواب سوم مرحوم شیخ

جایی که انشاء صریحی از جانب مالك صادر نشده، ولی ما علم به رضا داریم، اگر این مورد را هم جزء فضولی بدانیم، اما معامله با اجازه تصحیح می شود، و قبح و حرمتی وجود ندارد. و اگر علم به رضا را در صحت فعلیه کافی بدانیم، از ابتدا داخل

در فضولی نخواهد بود.

مرحوم شیخ در آغاز بحث فرمود (۲) که ظواهر کلمات علماء عبارت از این است که این مورد را جزء فضولی می دانند و به صِرف نبودن اذن، معامله فضولی خواهد شد، هر چند که شخص علم به رضا هم داشته باشد. البته ایشان این مطلب را قبول نکردند.

به هر حال ایشان می فرمایند (۳) : اگر ما طبق ظاهر بعضی از کلمات علماء این موردی که علم به رضا هست را از مصادیق فضولی دانسته و در نتیجه صحت فعلیه را ثابت ندانیم، ولی حکم عقل به قبح تصرف در این فرض که علم به رضا هست، ثابت نخواهد بود، زیرا وقتی علم به رضایت مالک داریم، روشن است که دیگر قبحی در این بیع نخواهد بود. البته فرض ما این است که هر دو مقدمه را پذیرفته ایم، یعنی هم بیع فضولی را تصرف می دانیم و هم تصرف را مِن غیرِ استثناءٍ به حکم عقل قبیح می دانیم، ولی این تصرفی که با علم به رضا بوده است دیگر قبح عقلی ندارد.

۱- کتاب المکاسب، للشیخ الأنصاری، ج ۳، ص ۳۷۱، ط الحدیثه.
۲- کتاب المکاسب، للشیخ الأنصاری، ج ۳، ص ۳۴۶، ط الحدیثه.
۳- کتاب المکاسب، للشیخ الأنصاری، ج ۳، ص ۳۷۱، ط الحدیثه.

بنابراین، کبرای کلی قبح تصرف مِن غیرِ استثناءٍ در جایی است که این تصرف بدون رضایت مالک واقع شده باشد. و در این جا فرض ما این است که هر چند مالک انشائی نکرده است، ولی رضایت دارد و ما هم علم به رضایت او داریم. که در نتیجه داخل در کبرای عقلی حرمت تصرف بدون رضا نخواهد بود. پس بنابراین، این دلیل اخص از مدعای آقایان است و این دلیل عقلی که به آن استدلال شده است، همه ی مدعی را اثبات نمی کند و اخص از مدعی است.

تسامحی در کلام مرحوم شیخ

البته یک تسامحی در کلام مرحوم شیخ واقع شده است. ایشان به جای علم به رضا، تعبیر به علم به إذن می کند. در حالی که اگر علم به إذن داشته باشیم، معامله از فضولی بودن خارج می شود و قاعده این بود که به جای علم به إذن، تعبیر به علم به رضا می شد، زیرا إذن از مقوله ی انشاء است و هیچ اختلافی راجع به فضولی نبودن آن نیست و یقیناً با وجود إذن، معامله از فضولیت بیرون می رود. بحث ما در این است که بدون اذن و با علم به رضا، معامله چه حکمی دارد؟

بنابراین یا تسامح شده است و به جای رضا، تعبیر به اذن تعبیر شده است، یا باید بگوییم که مراد از اذن، اذن شأنی است، یعنی اگر از او راجع به معامله بپرسند، می گوید: مانعی ندارد، ولی چون از او پرسیده نشده، اذن فعلی ندارد، بلکه اذن شأنی دارد. و لذا این مورد هم داخل در فضولی خواهد بود.

پرسش: آیا می توانیم بگوییم که اذن به انشاء است نه مُنشأ؟

پاسخ: نه! اگر انشاء واقع شد، لازمه ی انشاء مُنشأ است و ما کاری به مُنشأ شرعی نداریم.

پرسش: ... پاسخ: مورد بحث ما در این نیست که علم به این داشته باشیم که انشائی کرده و لازمه ی انشاء هم عبارت از مُنشأ است، در صورتی که انسان بفهمد انشائی شده است، حرفی در آن نیست. مرحوم شیخ هم چنین بحثی ندارد.

جواب چهارم مرحوم شیخ

راجع به دلیل چهارم که دیروز بحث کردیم، باید یک قدری بیشتر بحث بکنیم.

دلیل چهارم عبارت از این است که ما این مقدمات را پذیرفتیم که بیع فضولی عمل قبیحی است که شخص بدون انشاء ِإذن از طرف مالک، یک عقدی را انجام داده است و همچنین قبح عقلی هم ملازمه با حرمت دارد و حرام شرعی می شود، بر فرض هم که این مقدمات را بپذیریم و حرمت شرعی این کار را استفاده بکنیم، ولی بحث ما در حرمت شرعی نیست، بلکه بحث ما راجع به حکم وضعی بطلان یا عدم بطلان است.

باید ببینیم که آیا دلیلی بر بطلان بیع فضولی داریم یا نه و آیا می توانیم با حکم عقل به قبح فضولی، بطلان معامله را استفاده بکنیم یا نه؟ مرحوم شیخ می فرمایند: حکم عقل فقط حرمت معامله را اثبات می کند و ملازمه ای با بطلان ندارد.

فرمایش مرحوم نائینی

آقای نائینی می فرمایند (۱) که اگر متعلق حرمت، سبب باشد، حرمت سبب منشأ نمی شود که مسبب مترتب نشود و ملکیتی هم حاصل نشود، زیرا حرمت سبب منافاتی با تحقق مسبب ندارد. مثلًا زنا بلااشکال حرام است، ولی آیا حرمت زنا موجب می شود که سببیت آن نسبت به جنابت (که از امور اعتباری است) گرفته بشود. خلاصه اینکه ترتّب مسببات بر اسباب از شرایط حلیّت نیست. بنابراین، اطلاقات ادله حکم کرده است که اگر چنین عملی انجام بشود، جنابت بر آن مترتب می شود، ولو این که سبب حرمت داشته باشد. در نتیجه ملازمه ای بین حرمت سبب و عدم ترتّب مسبب بر آن وجود ندارد.

۱- المکاسب و البیع، للمیرزا النائینی، ج ۲، ص ۴۰.

تعبیر آقای نائینی این طور است که اگر این عملی که انجام می شود، «من حیث أنه فعل من الافعال» محرم شده باشد، و حرمت به سبب تعلق گرفته باشد، لازمه اش عدم ترتب مسبب نیست. ولی تعلق حرمت به خود مسبب، مقتضی بطلان خواهد بود.

اشکال ما بر فرمایش مرحوم نائینی

در تعابیر ایشان دو احتمال وجود دارد. صدر فرمایش ایشان یک ظهوری دارد، ذیل هم ظاهر در مطلب دیگری است. ایشان در صدر عبارت خود می فرماید: گاهی سبب من حیث الذات مُحرَّم است، یعنی چه مسبب مترتب بر آن بشود و چه نشود، نفس الفعل جزء محرمات است. اگر چنین تحریمی شده باشد، لازمه اش بطلان مسبب نخواهد بود. ولی گاهی علت حرمت سبب، به جهت ترتب مسبب بر آن بوده است که در این صورت بطلان مسبب از آن استفاده می گردد. خلاصه این که صدر عبارت ایشان ظهور در این دارد که حرمت سبب دو حیثیت دارد. گاهی بما انه فعل حرام شده و گاهی من حیث انه علة لترتب المسبب حرام شده است. ولی ایشان در ذیل عبارت خود متعلَّق تحریم را جدا کرده و می فرماید: گاهی متعلق تحریم سبب است و گاهی هم مسبب است. گاهی می خواهد بیع نکنید و گاهی می خواهد که ملکیت حاصل نشود.

ولی در هر دوی این تعبیرها آنجا که سبب از جهت ترتب مسبب حرام شده است، لازمه اش عبارت از این است که ترتب مسبب واقع بشود، در حالی که شما می گویید نتیجه این می شود که ترتب مسبب نشود و معامله واقع نگردد.

چون به وسیله ی این فعل مسببی حاصل می شود، شارع نمی خواهد این فعل واقع شود این لازمه اش عبارت از وقوع مسبب است، در حالی که نتیجه ای که شما می گیرید، عبارت از عدم وقوع است.

یا در آنجایی که عقل خود مسبب را حرام می داند، یعنی مالکیتی که مسبب است را ممنوع می کند، چیزی که حرام است باید امکان تحقق خارجی داشته باشد تا حکم به حرمت آن بشود که لازمه اش عبارت از عدم بطلان است. اگر لازمه ی حکم عقل، عدم تحقق باشد، با حکم حرمت سازگار نخواهد بود، زیرا در احکام خمسه باید امکان تحقق خارجی وجود داشته باشد، ولی با این بیانی که ایشان فرموده است، استحاله ی تحقق خارجی نتیجه گیری شده است و خلاصه، هیچ تقریبی برای کلام آقای نائینی به نظر نمی رسد.

پرسش: در واقع حرمت مسبب به معنای حرمت ایجاد مسبب با فعلی از افعال است؟

پاسخ: اگر فعلی از افعال یا وصفی از اوصاف بخواهد مورد امر یا نهی قرار بگیرد، باید در تحت اختیار شخص باشد تا مورد امر یا نهی قرار بگیرد.

تغییر مسیر بحث توسط آقای خوئی

بحث ما راجع به حکم العقل بود به این معنی که اگر عقل حکم به تقبیح کرد، آیا لازمه اش عبارت از حرمت و لازمه ی حرمت هم فساد است یا نه؟ ولی آقای خوئی مسیر بحث را عوض کرده و به سراغ مباحث الفاظ رفته است، در حالی که مباحث الفاظ ربطی به احکام عقلی ندارد. ایشان می گوید: اگر شرع نهی ای کرد -که مربوط به بحث سنت است- از آن تحریم استفاده می شود و بحث در این خواهد بود که آیا تحریم ملازم با بطلان است یا نه؟ و ایشان بعد از ردّ کلام مرحوم نائینی، این بحثها را به مرحوم شیخ نسبت داده و کلام مرحوم شیخ را این طور تقریب کرده است. طبق تقریر ایشان، مرحوم شیخ کأنّ می خواهد بگوید که لازمه ی نهی عبارت از بطلان نیست و نهی لفظی دلالت بر بطلان نمی کند، زیرا گاهی نهی به خود معامله می خورد که مثلاً شما بیع نکنید، که این نهی دلالت بر بطلان می کند و نهی از بیع، ارشاد به بطلان بیع است. بنابراین، گاهی نهی این طور است، ولی در مورد بحث ما از تصرف علی وجه الاطلاق نهی شده است تصرفاتی مانند: اکل، شرب و امثال آن که یکی از این تصرفات هم بیع من غیر اذنٍ می باشد، که همه ی این ها از مصادیق تصرف می باشند. در اینجا دیگر ارشاد معنی ندارد. اگر خصوص تصرف بیعی مورد نهی قرار گرفته بود، از این نهی ارشاد به بطلان تبادر می کرد، ولی در جایی که تمام تصرفات مورد نهی قرار گرفته است و مورد نهی عبارت از تصرف است که یک معنای جامع و شامل اکل و شرب و بیع و .. می باشد، بطلان نسبت به اکل و شرب و امثال آن معنی ندارد و لذا باید نهی در این مورد را تکلیف محض به حساب بیاوریم و ارشاد به بطلان معنایی ندارد.

ص: ۳۱۸

پس طبق فرمایش ایشان، کلام مرحوم شیخ راجع به عدم ملازمه ی نهی با بطلان، به این جهت است که متعلق نهی یک امر جامعی است که بعضی از مصادیق آن عبارت از معامله است و بعضی از مصادیقش هم اموری است که اصلاً حکم وضعی راجع به آنها معنی ندارد مثل اکل و شرب و .. و لذا مرحوم شیخ فرموده است که چنین ملازمه ای وجود ندارد ولذا بطلان استفاده نمی شود. خلاصه این که آقای خوئی بحث را به دلالت الفاظ کشانده اند و این طور از مرحوم شیخ دفاع کرده اند، در حالی که اصل بحث راجع به حکم عقلی بود. و اما راجع به این که چطور نواهی دلالت بر فساد می کنند، آقای خوئی می فرمایند: در مرکبات هم اگر از یک چیزی نهی شد، دلالت بر مانعیت خواهد داشت و اگر هم به چیزی امر شد، دلالت بر جزئیت خواهد داشت. به نظرم ایشان نسبت به این مطلب، ادعای ظهور کرده است.

رد کلام مرحوم خوئی

ولی ما دیروز هم عرض کردیم که این چنین ظهوری را نمی فهمیم و نمی دانیم که این ظهور چه وجهی دارد! طبق کدام دلیل ما از امر در مرکبات جزئیت و از نهی هم مانعیت را استظهار می کنیم؟! در حالی که موارد مختلفی بر خلاف این مطلب وجود دارد که بعضی از آنها مورد کلام بین علماء و برخی هم مسلم است.

مثلاً- حج مرکب از اجزاء و ممنوعاتی است که در حدود بیست و چند مورد است که برخی از این ممنوعات جزء ممنوعات تحریمی است نه وضعی و لذا هر چند خلاف شرع است، ولی مانعیتی ندارد. یا در برخی از ممنوعات روزه، مثل ارتماس اختلاف وجود دارد که آیا منع اش تحریمی است یا وضعاً هم مبطل روزه است؟ این مطلب در بین علماء محل اختلاف است. ما هم قائل به حرمت تکلیفی هستیم نه حکم وضعی. و با اینکه روزه مرکب از اجزاء است، ولی برخی از اجزاء آن جنبه ی مانعیت ندارند. در نماز جماعت هم –که مرکب از اقتداء کردن در رکوع و سجود و ... است- نباید تقدم یا تأخر فاحش واقع شود، ولی مرحوم سید و بیشتر آقایان حکم می کنند که اگر تقدم و تأخر پیدا شد، حرمت تکلیفی دارد نه حرمت وضعی. که در این مسئله آقای خوئی حکم به بطلان می کند و به نظر ما هم ظهور عبارت «إنما جعل الامام اماماً لیؤتّم به» (۱) ، در این است که کأنّ مفهوم جماعت محقق نشده و لذا بطلان وضعی استظهار می شود، ولی این گونه استظهارات در موارد خاصه است، و لذا ما نمی توانیم به صورت یک دلیل عام بگوییم که در مرکبات اگر از چیزی نهی شد، دلالت بر بطلان می کند و اگر هم به چیزی امر شد، بر جزئیت دلالت می کند، بلکه باید این مطلب را از تناسبات حکم و موضوع یا از ادله ی خاصه اثبات بکنیم. خلاصه این که این مطلب درست نیست و آقای خوئی هم بحث را به مدالیل الفاظ کشانده است، در حالی که مورد بحث ما راجع به حکم عقل است.

۱- الخلاف، الشیخ الطوسی، ج ۱، ص۴۲۵.

دلالت نهی در معاملات بر بطلان

البته در باب الفاظ، ما از نهی در معاملات، بطلان را استظهار می کنیم. و نکته ی بطلان این است که معاملاتی که اشخاص انجام می دهند، جنبه ی مقدمیت و طریقیت نسبت به ترتیب اثر دادن دارد و لذا اگر گفتند که این کار را نکنید، معنایش عبارت از این است که شارع نمی خواهد آن چیزی که این معامله طریق به اوست، عملی بشود، یعنی شارع نمی خواهد ترتیب اثر داده بشود و لازمه ی ممنوعیت ترتیب اثر، بطلان خواهد بود.

نظر ابوحنیفه راجع به نهی لفظی یا حرمت عقلی بر بطلان

راجع به این که نهی لفظی دلالت بر بطلان می کند یا دلالت نمی کند، یا حرمت عقلی، لازمه اش بطلان است یا نیست، ابوحنیفه می گوید (۱) که اگر از یک چیزی نهی شد، لازمه اش عبارت از صحت است، زیرا تعلق نهی دلالت بر این دارد که این کار مقدور بوده است و لذا دلالت بر صحت می کند.

آقایان این طور جواب داده اند که در نهی مولوی است که لازمه اش عبارت از صحت می شود، ولی نواهی در معاملات ارشاد به فساد است و آن چیزی که ابوحنیفه نتیجه گیری کرده است، درست نیست.

نقد کلام ابوحنیفه

به نظر ما حرف ابوحنفیه، درست نیست. که اقایان هم نکته اش را گفتند، که نهی در معاملات، ارشاد به فساد است. حالا ما عقیده مان این است که اگر نهی، مولوی هم باشد باز هم می توانیم جواب ایشان را بدهیم، زیرا باید ببینیم که متعلقِ نهیِ مولوی چیست؟ مقتضای نهی عبارت از این است که این متعلق باید قابلیت و امکان تحقق خارجی داشته باشد. اگر از معامله ی صحیح نهی شد؛ باید معامله ی صحیح امکان تحقق خارجی داشته باشد و اگر از معامله ی فاسد نهی شد، معامله ی فاسد باید به وصف فساد امکان تحقق خارجی داشته باشد و اگر از جامع بین صحیح و فاسد نهی شد، جامع باید امکان تحقق خارجی داشته باشد.

ص: ۳۲۰

۱- کفایهالأصول، الآخوند الخراسانی، ص۱۸۹.

بنابراین، نفس تحریم بدون در نظر گرفتن متعلق چیزی را روشن نمی کند. حتی اگر از بیع صحیح هم نهی شده باشد، باز هم چیزی روشن نمی شود و باید ببینیم که آیا از بیع صحیح شرعی نهی شده است یا از بیع صحیح عرفی که متعارف موارد است. بنابراین اگر متعلق نهی صحیح عرفی باشد، ملازمه ای با صحت شرعیه ندارد.

به نظر ما در مواردی که مثلاً ـ از بیع ربوی نهی شده است، معنایش عبارت از این است که این کاری که شما اسمش را بیع گذاشته اید، این کار را نکنید. الفاظ برای صحیح وضع شده همان صحیح عرفی خودتان، و شارع از این نهی می کند که این کار را نکنید. و منافات ندارد همین که تحقق خارجی و صحت عرفی دارد را شرع نهی کرده باشد و حکم به بطلان آن کرده باشد.خلاصه این که این طور می شود جواب ابوحنیفه را داد که مراد از صحیح، صحیح عرفی است و اعم است، که می تواند باطل باشد یا باطل نباشد. این بحث دیگر تمام است.

پرسش: اگر صحیح عرفی باشد چطور می تواند ارشادی باشد؟

پاسخ: ارشادی نیست، بنده می گویم که مولوی است ظواهر نواهی عبارت از مولویت است، ولی متعلقش عبارت از صحیح عرفی است. صحیح عرفی هم امکان تحقق خارجی دارد، ولی شرع ممکن است این را قبول نداشته باشد و فاسد بداند. این جواب ابوحنیفه است.

بررسی وجوه بطلان بیع لنفسه ۹۳/۰۹/۰۸

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: بررسی وجوه بطلان بیع لنفسه

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه به بررسی دو وجه برای بطلان بیع لنفسه می پردازند؛ که در کلمات مرحوم شیخ به صورت وجه اول و سوم آمده است.

ص: ۳۲۱

المسأله الثالثه أن یبیع الفضولی لنفسه

«و هذا غالباً یکون فی بیع الغاصب، و قد یتّفق من غیره بزعم ملکیّه المبیع، کما فی مورد صحیحه الحلبی المتقدّمه فی الإقاله بوضیعه. و الأقوی فیه الصحّه وفاقاً للمشهور؛ للعمومات المتقدّمه بالتقریب المتقدّم، و فحوی الصحّه فی النکاح و أکثر ما تقدّم من المؤیّدات مع ظهور صحیحه ابن قیس المتقدّمه.» (۱)

بعضی از مطالب که در کتاب مکاسب مطرح شده است، چون بحث علمی معتنی به ندارد، ما از آنها عبور می نماییم. موضوعی که نسبت به صحت و بطلان بیع فضولی جای بحث دارد، بیع لنفسه است که باید به آن بپردازیم. تا به حال بحث ما در صورتی بود که شخص بیع را برای مالک انجام می دهد، ولی بحث امروز ما راجع به این است که بیع را برای خودش

انجام بدهد. در این موضوع هم اختلاف وجود دارد و بیشتر آقایان این بیع را صحیح دانسته اند، برخلاف برخی دیگر که وجوهی برای بطلان ذکر کرده اند.

وجوه بطلان بیع الفضولی لنفسه

وجه اول: «منها: إطلاق ما تقدّم من النبويين «لا تبع ما ليس عندك» و «لا بيع إلّا في ملك» و غيرهما ؛ بناءً على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولي لنفسه. و الجواب عنها يعرف ممّا تقدّم، من أنّ مضمونها عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه الغير المالك، بلا تعرّضٍ فيها لوقوعه و عدمه بالنسبه إلى المالك إذا أجاز.» (۲)

یکی از وجوه، روایاتی است که قبلاً گذشت، که از بیع ما لیس عنده و یا بیع غیر مالک (۳) (بنا بر اختلاف تعابیر) نهی کرده بودند. اطلاق نهی در این روایات اقتضاء می کند که هم صورتی که شخص برای دیگری و هم صورتی که برای خودش بیع انجام می دهد، ممنوع و باطل باشد.

۱- المکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص۳۷۶.
۲- المکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص۳۷۶.
۳- مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، میرزا حسین نوری،ج ۱۳، ص ۲۳۰.

مراد از اطلاق در عبارت مرحوم شیخ:« إطلاق ما تقدّم من النبويين »

مرحوم شیخ این دلیل بطلان را که می خواهد ذکر کند، می فرماید: این روایات دلیل بر بطلان عقد فضولی لنفسه است، «بناءً علی الاختصاص مورد الجمیع ببیع الفضولی لنفسه». عبارت مرحوم شیخ از دو جهت مورد بحث است: یکی از جهت صدر که بطلان را از اطلاق استفاده کرده است، که در مراد از اطلاق دو احتمال وجود دارد:

احتمال اول: مراد ایشان این باشد که چه بیع فضولی متعقب به اجازه باشد و چه نباشد، به جهت اقتضاء اطلاق، هر دو ممنوع خواهند بود و قهراً مورد بحث ما هم که صورت تعقب به اجازه است، ممنوع خواهد بود؟ این احتمالی است که شاید بدویاً همین به نظر بیاید، ولی چون مرحوم شیخ بعداً مسئله ی اجازه و امثال آن را در مقام جواب عنوان می کند، نباید این مطلب را در سؤال درج کرده و بگوییم: مرحوم شیخ در مقام بیان این مطلب است که طبق اطلاق، فرقی بین تعقب اجازه و عدم تعقب آن وجود ندارد. و ذیل بگوید که اطلاقی نیست، ولی صدر بگوید که با اطلاق چنین چیزی استفاده می شود. بنابراین این احتمال شاید درست نباشد.

احتمال دوم: برخی دیگر هم گفته اند که مراد از اطلاق، اعم از بیع لنفسه و بیع للمالک می باشد و بعید نیست که مراد مرحوم شیخ همین باشد. و لذا ایشان می فرمایند: دلیل برای بطلان مورد بحث (بیع لنفسه) اطلاق این نواهی می باشد.

ص: ۳۲۳

اشکال به عبارت مرحوم شیخ:«بناءً علی اختصاص مورد الجمیع ببیع الفضولی لنفسه»

این سؤال پیش می آید که اگر ما با اطلاق صدر بطلان را ثابت کردیم، چرا مرحوم شیخ ذیل را این طور قید می کند که استدلال کردن به این روایات، بنابراین اساس است که مورد خاص باشد، ولو این که خود دلیل عام است. ولی مورد این روایات خاص است که اگر خاص نباشد، کأنّ نمی شود به آن ها استدلال کرد.

سؤال ما این است که چرا اگر مورد اختصاص به بیع لنفسه نداشته باشد، نمی شود برای بیع لنفسه به این روایات تمسک کرد؟ ما می گوییم که مطلق است، مورد هم خاص نیست و غیر از جوابی که مرحوم شیخ بعد بیان می کند، هیچ مانعی برای حکم به بطلان وجود ندارد. اگر ما از روایاتی که قبلاً در بیع الفضولی للمالک ذکر کردیم -که برخی از آنها بیع الفضولی لنفسه بود- صرف نظر کنیم، چرا نتوان برای بطلان به این روایات تمسک کرد و چه احتیاجی به این «بناءً» وجود دارد؟

در روایاتی که در بحث بیع الفضولی للمالک ذکر شد، برخی روایات مثل صحیحه ی محمد بن قیس که پسر جاریه را برای خودش فروخته بود، مصحح بیع الفضولی لنفسه بود، ولی اگر از این روایات قطع نظر بشود، مانعی برای تمسک به این روایات برای بطلان بیع لنفسه وجود ندارد و هیچ نیازی نیست که «بناءً» را اضافه بکنیم، زیرا این روایت «لا بیع الا فی ملک» مُخصِّص عمومات صحت عقود می شود و روایات صحت عقود صلاحیت معارضه با این روایت را ندارد. (البته اگر آن روایات خاصه ای که در بیع للمالک ذکر شد را در نظر نگیریم). پس بنابراین، این سؤال مطرح است که چرا مرحوم شیخ برای تقریب کلام مخالف، قید «بناءً علی اختصاص..» را ذکر کرده است؟

مرحوم شیخ برای این که روایاتی که قبلاً ذکر شد و راجع به بیع لنفسه بود مانند صحیحه محمد بن قیس نتواند این روایات را تخصیص بزند، در تقریب کلام مخالفین این بیان را مطرح فرموده است که باید مورد مخصوص به بیع لنفسه باشد چون خروج مورد صحیح نیست که قهراً در این صورت به وسیله ی روایات قبلی نمی شود این روایات را تخصیص زد.

خلاصه این شبهه وجود دارد که چه این روایات را مخصوص بیع لنفسه بدانیم و چه اعم از آن بدانیم، در هر دو صورت بطلان بیع لنفسه را اثبات خواهند کرد، زیرا اگر هم این روایات را شامل نهی از بیع للمالک بدانیم، به طریق اولی بیع لنفسه منهی خواهد بود، زیرا همان اشکالی که در بیع للمالک است، در بیع لنفسه هم با اضافاتی وجود دارد. و این طور نیست که اگر مورد بیع لنفسه بود، نتوانیم در روایات ناهیه تصرف کنیم، چون خروج مورد لازم می آید، بلکه اگر مورد اعم هم باشد، باز هم نمی توانیم بیع لنفسه را از این دلیل خارج کنیم و اگر هم اختصاص به بیع للمالک داشته باشد، باز هم بالملازمه می فهمیم که بیع لنفس البایع هم جایز نیست. وخلاصه این که این شبه وجود دارد که این تعبیر ایشان دخالتی در استدلال به بطلان بیع لنفسه ندارد.

ممکن است بگوییمکه علت بیان این قید در کلام مرحوم شیخ، عبارت از این است که اگر مورد مخصوص نباشد، ممکن است با روایاتی که خصوص بیع لنفسه را صحیح دانسته است، اطلاق این روایات تخصیص زده و بگوییم که مراد از این روایات، بطلان بیع للمالک است.

ولی مشکل اولویت باز باقی خواهد بود، زیرا وقتی بیع للمالک باطل باشد، به طریق اولی بیع لنفسه هم باطل خواهد بود. در این جا می شود یک قیدی زده و بگوییم: روایاتی که ناظر به نهی بیع للمالک است، بیع للمالکی که راجع به آن نهی ای از ناحیه ی مالک وارد شده است را شامل می شود.

بنابراین، ما در اینجا دو اطلاق را تقیید می زنیم: یک اطلاق عبارت از این بود که بیع اعم از بیع لنفسه و للمالک باشد که مقید شد و دیگری هم عبارت از این بود که نهی ای از ناحیه ی مالک وارد شده باشد یا وارد نشده باشد. ما می گوییم: به وسیله آن روایاتی که بیع لنفسه را تصحیح کرده است، بیع لنفسه را از این اطلاقات خارج می کنیم. در جایی هم که روایات قبلی بیع لنفسه را تصحیح کرده بود، این قید را می زنیم که از جانب مالک منعی وارد نشده باشد. و خلاصه این که هم این ادله را قید می زنیم و هم آن ادله را و به این روش بین روایات جمع می نماییم. مرحوم شیخ مثلاً می خواهد بفرماید که اگر این روایات ناهیه را مطلق بدانیم، مقصود حاصل نخواهد شد، ولی اگر بگوییم که بیع لنفسه را نمی شود از تحت این عام خارج کرد، دیگر مشکلات تخصیص و امثال آن پیش نخواهد آمد.

البته باز این بحث مطرح خواهد بود که اگر ما بگوییم که مورد این روایت بیع لنفسه است و لذا بیع لنفسه را نمی شود از تحت این عام خارج کرد و از طرف دیگر هم روایات قبلی بیع لنفسه را تصحیح کرده است، در این صورت بین این روایات معارضه واقع می شود که باید برای صحت این بیع به ادله ی عموم مانند «أوفوا بالعقود» (۱) و امثال آن تمسک کنیم.

۱- مائده/سوره۵، آیه۱.

در شبهات موضوعیه اگر دو دلیل با هم تعارض کردند، شاید نتوانیم به جهاتی، به ادله ی اصاله الصحه تمسک کنیم، بلکه اصاله الفساد جاری بشود و عدم انتقال را استصحاب کرده و بگوییم که اصل عدم انتقال است، ولی در شبهات حکمیه- که حکم مسئله را نمی دانیم- اگر ادله ی خاصه با هم تعارض پیدا کردند، با ادله ی عامه ای که حکم به صحت می کنند، مسئله تصحیح می شود. بنابراین، اگر هم بر فرض بگوییم که این روایات نسبت به بطلان بیع لنفسه نصوصیت دارد، با توجه به روایات قبلی – که بیع لنفسه را تصحیح کرده بود- با هم تعارض می کنند و ما به عمومات صحت رجوع می کنیم.

حال سؤال این است که چطور مرحوم شیخ این مطلب را بیان نکرده است؟!

یک مطلب که می شود بیان کرد، عبارت از این است که بگوییم: روایاتی که بیع لنفسه را تصحیح می کند، اخص از این روایات است، زیرا روایات تصحیح ناظر به صورت تعقب بیع به اجازه است که در این صورت، روایات تصحیح این روایات ابطال را تخصیص می زند.

بالأخره این که این روایات قابل استناد نیست، ولی نمی دانیم که چرا مرحوم شیخ با این فرض، استناد به آن را صحیح دانسته است؟!

ما نمی دانیم چرا شیخ روی این فرض (بنائ علی الاختصاص...) استناد را صحیح دانسته ولی جواب دیگری داده است که از اطلاقات چیزی استفاده نمی شود. ما جواب دیگری می دهیم و می گوئیم اگر روایات ناهیه مخصوص به بیع لنفسه باشد، جمع اش با روایاتی که بیع لنفسه را تصحیح می کند، عبارت از این است که در روایات قبلی، بیع لنفسه با اجازه ی مالك تصحیح شده بود، ولی در این روایات اشاره ای به اجازه نیست و لذا معارضه بین روایات ناهیه و روایات مصحح، معارضه ی بین عام و خاص است و نتیجه عبارت از این خواهد شد که بیع لنفسه در صورت اجازه صحیح است. البته مرحوم شیخ راجع به اجازه، نه در این جا و نه بعداً از این ناحیه هیچ بحثی نکرده است و فقط فرموده است که اطلاقات این روایات ناهیه صورت اجازه را نمی گیرد.

ص: ۳۲۷

ما می گوییم که اگر این اطلاقات صورت اجازه را هم بگیرد و بگوییم که ولو متعقب به اجازه باشد، باز هم باطل است، ولی روایات قبلی بالنصوصیه در صورت اجازه حکم به صحت کرده است و این اطلاقات را تخصیص می زند و لذا مورد بحث بالتخصیص خارج می شود. مرحوم شیخ اصلاً این مطلب را عنوان نکرده است.

بالأخره ما نفهمیدیم که کلام مرحوم شیخ را چطور باید تقریب کرد و چرا مرحوم شیخ اسمی از اجازه نبرده است. ایشان می فرماید که «لا تبع» آن چیزی که مقصود شخص است را افساد می کند به این معنی که وقتی شخص غاصب یا غیر غاصب می خواهد بیع را برای خودش انجام بدهد، شارع مقدس می گوید که بیع برای خود بایع واقع نمی شود. در حالی که مورد بحث ما، وقوع بیع برای بایع نیست، بلکه بحث ما در وقوع للمالک است و نسبت به وقوع للمالک هم اصلاً روایات ناظر نبوده و از این ناحیه ساکت است.

مرحوم شیخ این جواب را می دهد که این جواب هم جواب درستی است، ولی بحث در این است که اگر ساکت هم نبود و اطلاق هم بود، ما می توانستیم به وسیله آن ادله ای که صورت اجازه را تصحیح کرده است، این صورتی که متعرض خصوص صورت اجازه نشده است را تخصیص بزنیم.

پرسش: بعد خود فضولی می خرد و مالک می شود و طبعا اجازه حاصل می شود؟

پاسخ: ما می گوییم که ادله ناهیه اخص است و لذا نمی توانیم به آن ها تمسک کنیم، ولی شما می گویید که یک جواب دیگری هم می توانیم بیان کنیم. که البته آن اختلافی است و اگر بگوئیم باطل است قابل تصحیح نیست و باید صحیح باشد که اجازه بدهد.

ص: ۳۲۸

خلاصه ما می گوییم: مرحوم شیخ چرا این جواب را بیان نکرده است که اگر هم بر فرض اطلاقات این روایات شامل صورت تعقب اجاره هم بشود، ولی آن روایات خاص صورت اجازه را تصحیح کرده است و به عبارت دیگر، یک دلیل عام بر بطلان داریم که به وسیله ی آن دلیل خاص، صورت اجازه را خارج می کنیم. مرحوم شیخ این جواب را اصلاً عنوان نکرده است و از اول فرموده است که این ادله اطلاقی ندارد. به هر حال، همان طوری که مرحوم شیخ فرموده است، این روایات ناهیه، با قطع نظر از تخصیص به وسیله ی معارضاتش، دلیل بر بطلان نیست.

طبق فرمایش مرحوم شیخ، برخی از وجوه مخصوص غاصب است و بعضی هم مربوط به اعم از غاصب و غیر غاصب می باشد. (۱)

وجه دوم برای بطلان بیع لنفسه

«و منها: أنّ الفضولی إذا قصد إلی بیع مال الغیر لنفسه، لم یقصد حقیقه المعاوضه؛ إذ لا یعقل دخول أحد العوضین فی ملک من لم یخرج عن ملکه الآخر، فالمعاوضه الحقیقیّه غیر متصوّره، فحقیقته یرجع إلی إعطاء المبیع و أخذ الثمن لنفسه، و هذا لیس بیعاً. و الجواب من ذلک مع اختصاصه ببیع الغاصب: أنّ قصد المعاوضه الحقیقیّه مبنیّ علی جعل الغاصب نفسه مالکاً حقیقیّا و إن کان هذا الجعل لا حقیقه له، لکنّ المعاوضه المبنیّه علی هذا الأمر الغیر الحقیقی حقیقیّه، نظیر المجاز الادّعائی فی الأُصول.» (۲)

یکی از وجوه دیگری که برای بطلان ذکر شده است، عبارت از این است که شخص باید قصد معاوضه داشته باشد، زیرا «ما به القوام» بیع به جابجایی مثمن و ثمن است. یعنی از آنجایی که مثمن خارج شده است، ثمن همانجا قرار بگیرد و در نتیجه معاوضه صدق خواهد کرد. در بیع لنفسه قصد شخص این است که مثمن از ملک مالک خارج شود و ثمن به ملک خود بایع داخل بشود و بر چنین چیزی معاوضه صدق نمی کند و اصلاً مفهوم عرفی بیع (جدای از مفهوم شرعی آن) در اینجا صدق نمی کند. بنابراین، با قطع نظر از حساب شرع، معاوضه در قوام بیع خوابیده است.

۱- المکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص۳۷۶.

۲- المکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص۳۷۸.

جواب مرحوم شیخ

مرحوم شیخ در جواب این اشکال می فرمایند که اولاً اگر این اشکال صحیح باشد، مخصوص بیع غاصب است، زیرا در غیر غاصب، اشخاص خیال می کنند که مالک اند و قصد جدی آنها هم این است که خروج از ملک خود آنها حاصل شده و عوض هم در ملک خودشان داخل می شود و خیال می کنند که واقعاً مالک هستند که در این صورت هیچ مشکل معاوضه ای در کار نیست. بنابراین، مختار آقایان اعم از غاصب و غیر غاصب است و این دلیل اخص از مدعاست.

و ثانیاً در خود غاصب هم مشکل معاوضه وجود ندارد، زیرا غاصبی که غصب کرده است، از اول بنا را بر این می گذارد که این مال، ملک خود اوست و وقتی«بعتُ» می گوید، خودش را مالک مبیع فرض کرده است. بر اساس همین فرض مالکیت، مثمن را از ملک خود خارج کرده و عوض را داخل در ملک خودش می کند. در اینجا بعد از اینکه خودش را ادعاءً، مالک فرض کرده است، آن معاوضه ای که قرار گرفته است، حقیقت پیدا کرده است. این معاوضه یک نوع ادعاء است. بنابراین، قصد معاوضه کرده است و انشاء هم بر همین قصد واقع شده و صحیح است.

البته اگر غاصب بدون این ادعاء و قصد بخواهد مثمن را از ملک مالک خارج کرده و عوض را در ملک خود داخل بکند، معاوضه صدق نمی کند و بیعی واقع نمی شود، ولی بحث ما در این صورت نیست، بلکه در صورت دیگر است که صحیح می باشد. این جوابی است که مرحوم شیخ بیان فرموده است.

ص: ۳۳۰

بررسی اشکال عدم صدق معاوضه در بیع الفضولی لنفسه ۹۳/۰۹/۱۰

.Your browser does not support the audio tag

موضوع درس: بررسی اشکال عدم صدق معاوضه در بیع الفضولی لنفسه

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه به بیان اشکال عدم صدق معاوضه بر بیع الفضولی لنفسه پرداخته و جواب مرحوم شیخ را مطرح می فرمایند. ایشان تصویر قصد معاوضه در غاصب را مورد اشاره قرار داده و سپس به صورت مفصل اقسام فرض در بیع را بیان می فرمایند که یکی از این اقسام فرض ملکیت توسط خود بایع است که صدق بیع بر بیع غاصب می تواند از این قسم باشد.

اشکال: عدم صدق معاوضه در بیع الفضولی لنفسه

«و منها: أنّ الفضولی إذا قصد إلی بیع مال الغیر لنفسه، لم یقصد حقیقه المعاوضه؛ إذ لا یعقل دخول أحد العوضین فی ملک من لم یخرج عن ملکه الآخر، فالمعاوضه الحقیقیّه غیر متصوّره، فحقیقته یرجع إلی إعطاء المبیع و أخذ الثمن لنفسه، و هذا لیس بیعاً.» (۱)

یکی از اشکالاتی که بر صحت عقد فضولی لنفسه وارد شده, این است که بیع یکی از اقسام معاوضه است و معنای معاوضه هم عبارت از این است که وقتی مثمن از ملک شخص خارج شد، ثمن جایگزین آن شده و داخل در ملک همان صاحب مثمن شود و در غیر این صورت، معاوضه صدق نمی کند.

در بیع لنفسه، شخصی که بیع می کند، مبیع را از ملک مالک اصلی خارج می کند، ولی می خواهد ثمن را داخل ملک خودش کند، که معاوضه در اینجا صدق نمی کند و نه تنها صحیح نیست، بلکه بیع باطل هم محسوب نمی شود، زیرا ما به القوام بیع به معاوضه است و حتی بیع باطل هم قسمی از اقسام معاوضه است و لذا حتی اگر الفاظ را در مقابل اعم هم بدانیم باز هم بر چنین چیزی بیع صدق نمی کند. بنابراین، با توجه به این که در اینجا معاوضه ای در کار نیست، بیع به هیچ معنایی تحقق خارجی ندارد.

ص: ۳۳۱

۱- المکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص۳۷۸.

جواب مرحوم شیخ

«و الجواب من ذلک مع اختصاصه ببیع الغاصب: أنّ قصد المعاوضه الحقیقیّه مبنیّ علی جعل الغاصب نفسه مالکاً حقیقیّا و إن کان هذا الجعل لا حقیقه له، لکنّ المعاوضه المبنیّه علی هذا الأمر الغیر الحقیقی حقیقیّه، نظیر المجاز الادّعائی فی الأُصول.» (۱)

مرحوم شـیخ می فرماید: اگر بایع، غاصب نباشد و بخواهد بیع لنفسه بکند، اشـکالی در آن نیست، زیرا قصد جدّی می کند که مثمن از ملک خودش خارج شده و ثمن هم داخل در ملک خودش بشود. بنابراین نسـبت به این صورت اشکال وارد نیست. و لذا نمی توانیم بیع لنفسه را به طور کلی (اعم از بیع غاصب و غیر غاصب) باطل بدانیم. پس اگر هم اشکالی مطرح باشد، راجع به غاصب است که چگونه بتواند قصد معاوضه بکند.

تصویر قصد معاوضه در غاصب

مرحوم شیخ می فرماید که شخص غاصب به دو شکل ممکن است قصد بکند:

صورت اول: همان که مستشکل تصور کرده که در این صورت حتی بیع فاسد هم شمرده نمی شود.

صورت دوم: غـاصب خودش را مالـک فرض می کنـد و ثمن را در مقابـل ملـک فرضـی خودش جایگزین می نمایـد. در این صورت غـاصب ادعای مالکیت برای خودش می کنـد و این مثمن ادعایی را از ملک خود خارج نموده و ثمن را جایگزین آن می نمایـد. در صورت دوم،قصد معاوضه صدق می کند. مانند مجاز ادعایی که شـخص مثلاً زید شـجاع را ادعاءً جزء مصادیق اسـد حساب کرده و سـپس تیراندازی را به او نسـبت می دهد. (رأیت اسداً یرمی). در این مثال، تیراندازی علی نحو الحقیقه به زید نسـبت داده شده است و لو اینکه اسد بودن او به نحو ادعاء می باشد. طبق فرمایش مرحوم شیخ، در غاصب هم همین طور است و شخص غاصب ادعای ملکیت دارد و طبق این ادعاء قصد معاوضه می نماید.

ص: ۳۳۲

۱- المکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج۳، ص۳۷۸.

اشکال: چرا ملکیت که یک امر اعتباری است صحت سلب ندارد؟

در اینجا ما باید یک اشکال و جوابی را توضیح بدهیم. اعتبار به معنای فرض است و امور اعتباری یعنی اموری فرضی که واقعیت ندارند، ولی فرضِ ثبوت می شود. اشکالی که در اینجا مطرح می شود، عبارت از این است که اگر ملکیت واقعیتی نداشته باشد،- ملکیت از امور اعتباری است - باید صحت سلب درست باشد و بتوان گفت زید مالك نیست یا ملکیتی در اینجا وجود ندارد، در حالی که نمی توان گفت زید مالك نیست و ملکیتی در کار نیست. و حتماً ملکیت وجود دارد و زید هم مالك است و صحت سلب هم نیست، بلکه صحت حمل وجود دارد. خلاصه این چه فرضی است که صحت حمل دارد، نه صحت سلب؟

جواب: ملکیت از امور اعتباری است ولی فرض ملکیت از امور واقعیه است

جواب این است که خود فرض یکی از امور واقعیه است و آن چیزی که از امور واقعی نیست، مُتعلَّق فرض (مفروض) است. مثلاً وقتی شما زید را اسد فرض می کنید، فرض کردن، امر واقعی است و صحت سلب هم ندارد، ولی متعلقش -که اسد بودن زید است- واقعیت ندارد و فرضی است.

البته باید به این نکته توجه داشته باشیم که هر چند فرض اسدّیت نسبت به زید واقعیت نداشته و صحت سلب دارد، ولی در صورتی که از این فرض یک عنوانی مانند «مفروض الاسدیه» انتزاع بشود، این عنوان بر زید منطبق بوده و بر خلاف «اسدّیت»، صحت سلب ندارد و تا زمانی که خود فرض -که از امور حقیقیه است- موجود است، این عنوان هم به بقای آن امر حقیقی باقی است. و اگر یک لغتی در مقابل «مفروض الاسدیه» وضع شد، صدق آن لغت بر زیدی که واقعاً اسد نیست، درست خواهد بود.

ص: ۳۳۳

گفته شده که ملکیت یک اعتبار است و فرض، مقوله ای از مقولات و یک امر واقعی است. و ابتدای فرضها یک امر واقعی است که فرضی می شود و ممکن است بعداً همین امر فرضی، به یک فرض دیگری منتهی شود، مثل سبک مجاز از مجاز.

در ملکیت می گویند فرضِ مقوله جده می شود که از واقعیات است، یعنی درباره ی آن خصوصیتی که زید نسبت به ملکش دارد، چنین فرضی می شود، یا فرضِ مقوله ی اضافه درباره او می شود. فرضِ یک امر حقیقی می شود و بعد از این که فرضِ امر حقیقی شد، قهراً عنوان مفروضیت به این خصوصیتی که درباره ی زید هست، منطبق می شود. اصلاً ملکیت به معنای مفروض الجده یا مفروض الاضافه است (علی الخلاف) و خلاصه فرض هر کدام از این مقولات باشد، ملکیت برای یک معنای مفروض وضع شده است و تا مادامی که فرض هست، مفروض بودن این مقوله هم هست.

بنابراین همان طور که اسدیت را می توان گفت فرضی است، مفروض الاسدیه را هم می توان گفت فرضی است، منتهی فرضی بودن به دو نحو است که یکی از اینها واقعیتی ندارد و صحت سلب دارد، ولی واقعیت دیگری قائم به فرض است و تا مادامی که فرض هست، این مفروض هم واقعیت دارد و اگر فرض کنار رفت، این مفروض هم کنار می رود و لذا دو معنی به فرض نسبت داده می شود که یکی از این ها ملازم با صحت سلب است و دیگری ملازم با صحت حمل است.

مابه القوام بیع

ص: ۳۳۴

اما راجع به ما به القوام مفهوم بیع که در آن فرض ملکیت است، باید بگوییم که فرض کننده ی ملکیت مختلف می باشد:

گاهی شرع مقدس درباره ی شخصی اعتبار جده یا اعتبار اضافه می کند و عنوان مالکیت شرعیه بر او منطبق می شود و برخی آثار بر این اعتبار مترتب می شود.

گاهی هم ممکن است عقلاء چیزی را برای ترتیب برخی آثار فرض کنند، حال چه مطابق شرع باشد یا نباشد که در این صورت هم ملکیت عقلائی ثابت می شود.

گاهی نه عقلاء فرض کرده اند و نه شرع، بلکه خود شخص چیزی را به صورت مقوله ی اضافه یا جده نسبت به خودش فرض کرده است. قهراً در این صورت، عنوان مفروض الجده یا مفروض الاضافه به وسیله فرض خود شخص حاصل می شود که این فرض مقدمه برای ترتیب اثر دادن است.

آن چیزی که «ما به القوام» بیع است، یکی از این فروض است و لزومی ندارد که در بیع حتماً اعتبار فرض توسط شرع یا عرف باشد، بلکه اگر خود شخص هم فرض کننده باشد، مانند شخص غاصب، در صدق مفهوم بیع کفایت می کند. غاصب هم که مقوله جده یا اضافه را برای خودش فرض می کند این حقیقتاً بایع است و نقل و انتقال انجام می دهد؛ چون بیع وضع نشده برای امری که قوامش به فرض شرع یا به فرض عقلاء باشد و اگر خود غاصب هم هنگام فروختن، قصد و بنای مالکیت داشته باشد، کافی است.

ولی اگر چنین قصدی وجود نداشته باشد و فقط بنا بر این باشد که یک چیزی از یک ملکی (خودش یا دیگری) خارج شود و چیز دیگری داخل ملک خودش یا دیگری شود و صورت جایگزینی در آن نباشد، حتی بیع فاسد هم بر چنین چیزی اطلاق نمی شود.

ص: ۳۳۵

مفهوم بیع عبارت از جابجایی است که خود یک امر اعتباری است و در مورد بحث هم اعتبار خود متکلم و بایع در صدق مفهوم بیع علی نحوالحقیقه کفایت می کند و می توانیم حقیقتاً به این شخص بایع بگوییم.

پرسش: عرف در بیع غاصب در صورتی که بعداً اجازه دهد بیع را صادق می داند؟

پاسخ: اگر مالک اجازه هم ندهد، بیع صدق می کند و این طور گفته می شود که فلانی (غاصب) اموال مردم را فروخته است و عنوان بیع در این جا صحت حمل دارد. انسان بالوجدان می بیند که این تعبیر از قبیل شیر بودن زید نیست و صحت حمل در این جا مِن غیرتأوّلٍ صحیح می باشد. لذا لازم نیست که شرع یا عرف هم قبول داشته باشند و «ما به القوام» فروختن عبارت از امری است که حتی با اعتبار خود شخص هم حاصل می شود ولو این که مال متعلق به دیگران باشد و جابجایی به معنای ادعایی باشد.

بنابراین، در چنین صورتی، هر چند ملکیت ادعایی است، ولی بیع حقیقی است.

پرسش: آیا در صورت جهل است؟

پاسخ: فرقی ندارد که جهل باشد یا نباشد. وجداناً شما می توانید در چنین صورتی بگویید که زید اموال مردم را فروخته است و چنین چیزی صحت سلب ندارد و چنین استعمالاتی من غیرتأوّلٍ علامت حقیقت است.

بررسی عبارت مرحوم شیخ: « نظیر المجاز الادّعائی فی الأُصول »

از بیان مرحوم شیخ این طور استفاده می شود که مرحوم شیخ این ادعاء مالکیت را از قبیل سبک مجاز در مجاز دانسته است.

ایشان می فرماید: خود ملکیت از امور فرضـی است و زمانی که شـخص غاصب نسبت به خودش فرض ملکیت می کند و خود را مالک عقلایی یا مالک شـرعی فرض می کنـد، قهراً این فرض از قبیل سـبک مجاز از مجاز می شود. به عبارت دیگر، اصـل ملکیت، از امور فرضی و اعتباری است و شخص غاصب هم با فرض ملکیت، فرض در فرض می کند.

اشکال به مرحوم شیخ

البته راجع به اصـل مطلب مرحوم شـیخ که در بیع حتمـاً بایـد معـاوضه و جابجایی در یک محل صورت بگیرد، بعـداً بحث می شود، ولی یک بحثی که باید به آن اشاره کرد، عبارت از این است که مرحوم شیخ این جا را از قبیل مجاز ادعائی دانسته، ولی به نظر می رسد که این مورد شبیه به مجاز ادعائی نیست.

در جایی که شخص ادعاء اسدیت برای زید می کند و یرمی را به او نسبت داده و می گوید: «رایت اسداً یرمی»، حکمی که بر زیـد مترتب شـده است، یک حکم حقیقی است و موضوعش هم عنوان مفروض الاسدیه نیست و لذا اگر اصـلاً فرضـی هم در کار نبود، باز هم حکم «یرمی» نسبت به زید درست بود.

در بسـیاری از مواردِ حمل محمولات بر موضوعات، عناوینِ موضوعات هیـچ دخالتی نـدارد و فقط جنبه ی مشـیریت دارد و به عنوان مشـیر به کار رفته است، مثل این که شخصـی می گویـد: این مسـئله را از چه کسـی بپرسم؟ شـما می گویید: «اسـئل هذا الجـالس» از این آقـایی که در اینجـا نشسـته است بپرس. روشن است که جلوس دخالتی در این حکم نـدارد و خود ذات میزان است. در مثـال «رایت اسـداً یرمی»، زیـد واقعـاً رامی است و چه فرض اسـدیت برای او بشود و چه نشود، این فرض دخالتی در ترتیب اثر ندارد.

ص: ۳۳۷

ولی در موضوع بحث ما این فرض ها در ترتب اثر دخیل است و این اعتباراتی که می شود، مقدمه برای ترتیب اثر دادن است و لذا اگر این اعتبار نباشد، این آثار هم در کار نیست. اگر ملکیتی نباشد، جواز تصرفات و امثال آن هم در کار نیست. و مانند رایت اسدا یرمی نیست که صرفاً یک فرضی شده و این فرض در ترتب محمول نسبت به موضوع هیچ دخالتی ندارد.

نکته ی عمده در بحث

منتهی عمده ی بحث در اینجا عبارت از این است که آیا واقعاً بیع عبارت از معاوضه است؛ به این معنا که جایگزینی عوض و معوض باید در یک جا باشد؟ به نظرم آقا سید محمد حسین اصفهانی و مرحوم ایروانی و خیلی از متأخرین قائل به این معنی نباشند، ولی علامه حلّی و مرحوم شیخ انصاری قائل به این معنی هستند.

نفی لزوم معاوضه در مفهوم بیع ۹۳/۰۹/۱۱

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: نفی لزوم معاوضه در مفهوم بیع

خلاصه درس:حضرت استاد در این جلسه نظرمرحوم شیخ و علامه راجع به مفهوم معاوضه و بیع را مورد نقد و بررسی قرار می دهند. و قائل می شوند که حقیقت بیع این است که مجانی نباشد. ولی اینکه عوض و معوض در یک محل باشد، لازم نیست و همین که چیزی از ملک طرف خارج شود و یا یک خسارتی به او وارد شود، کافی است.

نظر شیخ و علامه راجع به معنای معاوضه

مرحوم شیخ و علامه حلی می گویند که بیع قسمی از اقسام معاوضه است و معنای معاوضه این است که وقتی یک چیزی از ملک کسی به جانب دیگری رفت، باید یک چیزی هم از ناحیه ی او جایگزین این شیء بشود.

ص: ۳۳۸

بنابراین وقتی معاوضه صدق می کند که زید مثمن را از کیسه ی خود خارج کرده و به عمرو دهد و از ناحیه ی عمرو هم ثمن به زید منتقل شود. و در صورت نبود چنین معاوضه ای، نه تنها شرع، بیع را صحیح نمی داند، بلکه اصلاً مفهوم عرفی بیع هم منطبق نخواهد بود. و وجود لزوم این نوع معاوضه را به عنوان شرایط صحت بیع ذکر نکرده، بلکه این معاوضه در مفهوم بیع قرار دارد.

وضع الفاظ در اعم از صحیح و فاسد

ما مکرر عرض کرده ایم و مرحوم آخوند هم در کفایه اشاره کرده است که در استعمالات، گاهی لفظی بالعنایه و التشبیه در معنایی استعمال می شود، که دلالت بر معنای حقیقی نخواهد داشت. ولی گاهی بدون تشبیه و عنایت، لفظ در معنی استعمال می شود که علامت حقیقت است.

به عقیده ی ما، الفاظ برای اعم از صحیح و فاسد وضع شده اند، حال یا به وضع تعیینی یا اعم از تعیینی و تعیّنی. زیرا استعمال لفظ بیع در موارد فاسد، بدون تأوّل و تشبیه واقع شده است. وقتی کسی اموال مردم را به زور تصاحب کرده و می فروشد، این طور تعبیر می شود که فلانی اموال اشخاص را فروخته است. هر چند خلاف شرع کرده است، ولی بدون اینکه تشبیه واقع شده باشد، فروش اموال مردم بر این کار او صدق می کند و مثل اطلاق اسد بر رجل شجاع نیست. وقتی شخص ادعاء مالکیت می کند، دیگران او را مالک به حساب نمی آورند، ولی بدون تأوّل و امثال آن به این کار او فروختن اطلاق می شود.

ص: ۳۳۹

لزوم معاوضه در بیع

آیا در بیع، معاوضه معتبر است؟ و آیا در معاوضه معتبر است که جابجایی بین طرفین واقع شود؟

آن چه که ما از استعمالات متعارف و بدون تأول می فهمیم، این است که بیع عبارت از تملیک به عوض است. گاهی شخص یک چیزی را به دیگری تملیک می کند و هیچ چیزی از کیسه ی طرف مقابل خارج نمی شود که به این صورت هبه گفته می شود. ولی بیع عبارت از این است که در مقابل این تملیک، یک چیزی از کیسه ی طرف مقابل خارج شده و یا خسارتی به اموال او وارد شود. و هم چنین چیزی که از مال طرف مقابل کم می شود، گاهی به ملک کسی که مبیع از ملک او خارج شده، منتقل می شود، و گاهی هم به بعضی از متعلقات او منتقل می گردد.

مثلاً ـ شخص یک زمینی را به دیگری می فروشد، منتهی در مقابل تملیک زمین به او می گوید که باید فلان مقدار به فلان حسینیه بدهی. به نظر ما بر چنین چیزی بیع اطلاق می شود و عرف متعارف هم این را بیع می داند.

مرحوم شیخ می گوید: نه تنها بر این کار بیع صحیح گفته نمی شود، بلکه حتی این مورد، بیع باطل هم نیست.

ولی به نظر ما اگر چیزی را به کسی تملیک کنند و در مقابل این تملیک، چیزی از ملک او خارج شود یا این که خسارتی ببیند و لو اینکه هیچ چیزی به ملک کسی وارد نشود، مثل این که در مقابل تملیک، تحریر واقع بشود، یا شخص یکی از اقسام ملک خودش را آزاد کرده و جزء مباحات قرار بدهد، بر همه ای این موارد بیع اطلاق می گردد.

در این گونه موارد، شخص مجاناً چیزی را از ملک خودش خارج نکرده است، بلکه یک چیزی را فروخته است که در مقابل این تملیک، از کیسه ی طرف مقابل هم چیزی خارج بشود، خواه به ملک شخص دیگری در بیاید و خواه به ملک شخص دیگری در نیاید.

به حسب متعارف به این موارد فروش گفته می شود و لزومی ندارد که حتماً در مقابل چیزی که از ملک شخص خارج شده است، عوضی به ملک همان شخص داخل بشود، بلکه طرفین هر طوری که قرار بگذارند و با هم توافق بکنند، صحیح خواهد بود، ولو این که در مقابل تملیک، از طرف مقابل چیزی به ملک دیگری وارد نشود، بلکه فقط مثلاً تحریری واقع بشود یا مالی از اموال او جزء مباحات قرار بگیرد.

بنابراین اگر این مصطلحات و تعابیری که شیخ و امثال ایشان فرموده اند را کنار بگذاریم، در خواهیم یافت که تملیک به عوض یک مفهوم عامی است و خود شیخ هم تملیک مجان را هبه و تملیک به عوض را بیع می داند، منتهی در این که عوض چه چیزی قرار بگیرد، بستگی به نحوه ی قرارداد طرفین دارد.

پرسش: این مثالی که در مورد تحریر می زنید، در واقع به نحو شرط نتیجه است.

پاسخ: بله، یعنی در مقابل تملیک، این تحریر و آزاد شدن عوض قرار می گیرد. یا این که در مقابل تملیک، یک مقداری از املاک طرف مقابل به فقراء اختصاص داده می شود یا در حسینیه هزینه می شود و امثال این موارد.

ص: ۳۴۱

روشن است که بر این موارد بیع اطلاق می شود و این طور نیست که طبق فرمایش شیخ، بر چنین مواردی حتی بیع غلط و باطل هم اطلاق نشود.

پرسش: ... پاسخ: لزومی ندارد که در تملیک، از طرف مقابل چیزی داخل در ملک مالک بشود. متفاهم عرفی هم عبارت از این است که اگر کسی مثلاً خانه اش را به زید بفروشد در مقابل این که زید مبلغی را به حسینیه بدهد، بدون تأول و تشبیه و مجاز، بر این کار بیع اطلاق می شود.

پرسش: باید حتماً باید مشتری را مالک قرار بدهد؟

پاسخ: نه! مشتری مثلاً اراده کرده است که در مقابل پولی که به فروشنده می دهد، او هم مبیع را به بچه ی او تملیک بکند.

پرسش: نتیجه ی فرمایش شما این می شود که در اینجایی که برای بچه اش می خرد، بیع صدق نمی کند، بلکه اشتراء صدق می کند.

پاسخ: بیع صدق می کند، زیرا فروشنده با بیع صحیح مال را از ملک خودش خارج کرده است و هر چند داخل در ملک مشتری نشده است، ولی داخل در متعلقات او شده و همین مقدار کفایت می کند.

باید ببینیم که مشتری اراده کرده است که مبیع داخل در ملک چه کسی بشود و گاهی ممکن است که شخص اراده ی مالکیت هیچ کسی را نکرده است، بلکه اراده اش به آزاد شدن کسی تعلق گرفته است و خلاصه این که باید ببینیم که چطور قرارداد بسته شده است.

بنابراین در همه ی این فروض به نظر می رسد که «من غیر تأوّل» بایع و مشتری صدق می کند و مطلب به آن تضیّقی که شیخ قائل شده است، نیست.

ص: ۳۴۲

خریـدن یک چیز برای بچه دو جور قابل تصور است: گاهی خود شـخص مالک می شود و مقصودش انتفاع بچه است یا بعـداً آن شـیء را با هبه کردن، به بچه تملیک می کنـد، گاهی هم ابتـداءً یک چیزی را برای بچه خریـداری می کننـد و بدون هیچ تأولی، تملیک به عوض در اینجا هم صدق می کند.

اجمالاً ـ مـا می خواهیم بگوییم که عوض در مقابل مجانیت است و غیر از تملیک به عوض، قیـد دیگری در بیع وجود نـدارد و همین که چیزی از کیسه ی طرف مقابل چیزی خارج بشود، کفایت می کند، ولی این که این شـیء داخل در ملک چه کسـی بشود، بستگی به قرارداد بین طرفین دارد. خلاصه این که اگر شما به وجدان خودتان مراجعه کنید، از مفهوم بیع چیزی بیشتر از این استفاده نمی شود.

پرسـش: در ناحیه تملیک، آیا لازم است که تملیک المشتری باشد؟ پاسخ: نه، لازم نیست. تمام این ها بسـتگی به قرار و توافق طرفین دارد.

پرسـش:... پاسـخ: هبه بلاـعوض است، ولی در اینجـا وقتی چیزی از ملـک شـخص خارج می شود، عوض در ملک هر کسـی داخـل شـود، مفهـوم بیـع صـدق می کنـد و این که عوض به چه کسـی داده شود، مربوط به قرارداد است. به نظر می رسـد که مطلب عرفی باشـد و خیلی از آقایـان متـأخر هم مطلب شـیخ را قبول نکردنـد. در میان کلمات قـدماء هم ظاهراً غیر از علامه از کسی این مطلب نقل نشده است. منتهی شیخ نسبت به این مطلب خیلی تأکید می کند.

تکرار اشکال دوم بر بیع لنفسه

ص: ۳۴۳

بنابراین اشکالی که در بیع فضولی لنفسه مطرح شد، عبارت از این بود که بیع، معاوضه است و معاوضه هم جابجا شدن ملک است، در حالی که در باب بیع لنفسه جابجا شدن ملک در کار نیست.

خلاصه جواب: یک جواب به این اشکال عبارت از این شد که بگوییم: بیع معاوضه نیست یا اگر هم معاوضه باشد، در مفهوم معاوضه، جابجایی بین طرفین وجود ندارد.

جواب دیگری که شیخ بیان کرده است، عبارت از این است که در بیع لنفسه هم حقیقت معاوضه وجود دارد اما ادعاءاً. و هر چند طرف اضافه یک امر ادعائی است و شخص ادعاء می کند که من مالکم، ولی بعداً از ملک همین مالک ادعائی، حقیقتاً یک چیزی خارج شده و یک چیزی داخل می شود.

بنابراین، معاوضه حقیقی است، ولی ملکیت عوضینی که در معاوضه قرار دارند، ادعایی است. شخص ملک ادعایی خودش را به یک ملک ادعایی دیگر تبدیل می کند، ولی نفس تبدیل ادعایی نیست، بلکه حقیقی است. این عقیده شیخ است.

اشکال سوم به بیع فضولی لنفسه

«و منها: أنّ الفضولی إذا قصد البیع لنفسه، فإن تعلّقت إجازه المالک بهذا الذی قصده البائع کان منافیاً لصحّه العقد؛ لأنّ معناها هو صیروره الثمن لمالک المثمن بإجازته، و إن تعلّقت بغیر المقصود کانت بعقد مستأنف، لا ـ إمضاءً لنقل الفضولی، فیکون النقل من المنشئ غیر مجاز، و المجاز غیر مُنشَأ». (۱)

وقتی معاوضه را تصحیح کرده و گفتیم که یا کبرویاً اشکالی وجود ندارد و یا اگر هم اشکال وجود دارد، ولی در اینجا معاوضه به صورت حقیقی است، بحث دیگری مطرح خواهد بود.

ص: ۳۴۴

۱- کتاب المکاسب، للشیخ الأنصاری، ج ۳، ص۳۷۸، ط الحدیثه.

این بحث عبارت از این است که ما این بیع را می خواهیم با اجازه تصحیح کنیم. در قسم اول که شخص برای مالک می خرد، منتهی از مالک اذن نگرفته است، بعداً به مالک عرضه می دارد و مالک هم می گوید: من موافقم، و همان مطلبی را که بایع انشاء کرده است را امضاء می کند و عمل بایع شرعاً کافی نبوده است، ولی با امضاء مالک، شرعی می شود. در این صورت حرفی نیست، ولی فرض مسئله در اینجا عبارت از این است که این شخص برای خودش می خرد، برای مالک نمی خرد. مالک هم که وقتی می خواهد امضاء کند، برای خودش امضاء می کند و نسبت به ملکیت خودش موافقت می کند. بنابراین، مُنشأ بایع یک چیزی است، مُجاز هم چیز دیگری است و ما می خواهیم که با اجازه ی مالک این بیع را تصحیح کنیم، در حالی که وجهی برای این مطلب وجود ندارد.

البته در اینجا میرازی قمی بیانی دارد که شیخ آن را ردّ می کند و بعد خود ایشان بیان دیگری دارد که آقایان به آن مراجعه کنند تا فردا انشاءالله بتوانیم بحث را تمام کنیم.

پرسش: در مورد تملیک به عوض اگر تعبیر کنیم که آن عوض لازم نیست حتی از ملکش هم خارج بشود ممکن است یک صدمه ای به او وارد بشود به این معنی که مثلاً من مجاز باشم در مالش تصرف کنم ... پاسخ: آن فرق نمی کند خسارت ما نگفتیم از ملک، می گویم لطمه ای به او بخورد یک خسارتی بر او ببیند. این می شود در مقابل مجانی.

نفی لزوم معاوضه در مفهوم بیع ۹۳/۰۹/۱۲

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: نفی لزوم معاوضه در مفهوم بیع

خلاصه درس:

استاد مدظله در این جلسه، به اشکالات بیع فضولی لنفسه ادامه داده و نظرات مرحوم میرزای قمی و علامه حلی و صاحب کاشف الرموز را مورد بحث و بررسی قرار داده و می فرمایند که مطالب مطروحه توسط مشار الیهم نمی تواند اشکالات بیع فضولی لنفسه را مرتفع سازد.

طرح اشکال

یکی از اشکالاتی که در بیع فضولی لنفسه مطرح است، این است که مالک چه چیزی را بعداً اجازه می دهد، اگر اجازه مالک منتهی شود به اینکه ثمن به خود بایع فضولی منتقل گردد، در واقع، مثمن از جیب کسی خارج می شود که ثمن به جیب آن شخص وارد می شود و در واقع هیچ نقل و انتقالی در خارج تحقق پیدا نمی کند و این امر نمی تواند مصحح بیع واقع گردد؛ چون لازمه یک بیع صحیح این است که بتوان برای ثمن و مثمن یک نقل و انتقالی تصور کرد؛ و در بیع فضولی لنفسه این امر محقق نیست و اگر با توافق مالک اصلی، این امر محقق شود، یعنی بایع فضولی با اجازه مالک اصلی، مثمن را به خودش بفروشد، بدون اینکه ثمن و مثمن جا به جا بشوند، این در واقع یک عقد مستأنف و معامله جدیدی می شود و مصحح بیع و عقد نمی گردد و اجازه مالک در واقع امضای عقد مطروحه نمی باشد. شرط اجازه این است که متعلق آن خود منشأ باشد نه چیز دیگر، در حالی که در بیع فضولی لنفسه مُنشأ محقق نشده است.

ص: ۳۴۶

نظر مرحوم میرزای قمی

ایشان می فرمایند که این اجازه با اجازه های دیگر فرق می کند؛ با این توضیح که در بیع فضولی اجازه مالک، تبدیل می کند رضایت بایع را به رضایت خودش و تبعاً معامله صحیح می شود، بنابراین معنای «اَجزتُ» یعنی «بَدَّلتُ».

جواب مرحوم شیخ از میرزای قمی

طبق نظر مرحوم میرزای قمی، اجازه مالک هم ایجاب می شود و هم ایجابی را که بایع فضولی کرده بود، آن را امضا می کند، و همچنین قبولی که مشتری انجام داده بود را اجازه مالک امضاء می کند. به عبارت دیگر، اجازه مالک، قائم مقام ایجاب بایع فضولی و همچنین قائم مقام قبول مشتری می گردد و این چنین معامله ای ربطی به بیع فضولی ندارد و یک عقد مستأنف است و آن عقد با آن شرایط باطل می باشد. و اجازه مالک نمی تواند بر خلاف توافق مشتری، هم جایگزین بایع شود و هم

جایگزین مشتری و این خلاف اجماع و عقل می باشد.

نظر صاحب کاشف الرموز

ایشان از استاد خودش مرحوم محقق نقل کرده که در مواردی ممکن است بتوانیم بیع واقع شده را تصحیح کنیم که خلاف اجماع و عقل نیز نباشد، هر چند ممکن است بر خلاف نظر مشهور باشد؛ بدین ترتیب که: وقتی مجیز، عقد را امضاء می کند، کأنّ خودش عقد را ایجاب کرده و مشتری هم قبول کرده است که این ثمن مال مالک اصلی باشد و موجب هم که بایع فضول است، برای خود مالک فضولتاً ایجاب کرده است و این یک عقد جدید محسوب می شود که خلاف عقل و اجماع هم نیست؛ یعنی «اَجَزتُ» مالک واقعی جانشین «بِعتُ» بایع فضولی می گردد.

ص: ۳۴۷

بعد ایشان می فرمایند که: اما در ما نحن فیه اینطور نیست؛ چون در بیع فضولی لنفسه، قبول مشتری برای خود بایع فضولی است نه برای مالک واقعی و لازمه اش این می شود که «اَجزتُ» مالک، قائم مقام هم «بعت» و هم «قبلتُ» گردد و این خلاف اجماع و خلاف بناء عقلاء می باشد.

جواب مرحوم شیخ از استدلال مرحوم محقق

استدلال مرحوم محقق، استدلال صحیحی نیست؛ چون فرض مسئله این است که اجازه مُنشأ و مجاز یک چیز است. این طور نیست که بین اجازه منشأ و مُجاز تفاوتی قایل بشویم. کسی که معامله فضولی را انجام می دهد، در واقع قصد معاوضه دارد و انشاء معاوضه می کند و در مفهوم معاوضه، لحاظ نشده است که ثمن مال چه کسی باشد. منتهی طبع خود معاوضه اقتضاء می کند که ثمن مال همان کسی باشد که مثمن از ملک آن خارج شده است و این احتیاج به انشاء جدیدی ندارد؛ لذا لازمه مطابقی انشاء المعاوضه این نیست که ذکر کند و اسم ببرد، یا انشاء جدیدی بکند و در ما نحن فیه، معنای بیع لنفسه این نیست که منشأ ما بیع لنفسه است، بلکه معنایش این است که بایع خودش را طرف معامله قلمداد کرده و خودش را مالک فرض کرده است، هر چند ادعایش لغو است، اما بعد از آمدن اجازه مالک، انشاء بایع تصحیح می گردد.

ولی مرحوم شیخ می فرمایند این جواب در همه موارد و مصادیق، جواب درستی نمی تواند باشد. مثلاً ـ در جایی اگر فرض کنیم که فضول خود مشتری است نه بایع، یعنی پولی که مال خودش نیست، با آن پول، می خواهد کالایی را خریداری کند، در اینجا مشتری خودش را مالک مبیع می داند یا بایع می گوید من شما را مالک این مبیع قرار دادم، در هر دو صورت انشاء با منشأ، دو چیز متفاوت خواهند بود؛ یعنی آن چیزی که انشاء شده است با آن چیزی که با اجازه محقق خواهد شد، متفاوت خواهد گردید.

نظر مرحوم علامه

مرحوم علامه این اشکال را طور دیگری ترسیم کرده و می فرماید که بایع در این معامله، جاهل به این موضوع است که مشتری فضولتاً می خواهد مبیع را برای خودش خریداری کند، در این صورت، با اجازه بعدی مالک واقعی چطور این معامله تصحیح می گردد؟

جواب نقضی از استدلال مرحوم علامه

مرحوم شیخ می فرماید بعضی ها به تقریب استدلال مرحوم علامه اشکال کرده اند و گفته اند در معاملاتی که وکیل یا ولی انجام می دهد، آنجا چطور امضاء و اجازه مالک اصلی، موجب تصحیح معامله می شود، هر چند که مشتری به خود طرف (وکیل یا ولی) تملیک می کند و خود وکیل هم که مالکیتی ندارد و فقط وکیل است، اما در عین حال همه اتفاق نظر دارند که معامله با اجازه موکل صحیح است.

جواب مرحوم شیخ از جواب نقضی

این اشکال به مرحوم علامه وارد نیست؛ به دلیل اینکه در باب وکالت یا ولایت اینکه طرف مقابل اهلیت معامله را دارد و می تواند نقل و انتقالی را محقق سازد وارد معامله می شود نه به عنوان خاص، بلکه به یک معنای وسیع تر اعم از اینکه این اختیار و اهلیت ناشی از مالکیت باشد یا وکالت یا ولایت و نحو ذلک؛ لذا معامله آنها صحیح است. به خلاف بیع فضولی لنفسه، اینجا قبول مشتری با آن ایجاب بایع فضولی تطبیق ندارد، بایع مبیع را فضولتاً می فروشد برای مشتری که قبول آن مشتری با ایجاب بایع مطابقت ندارد. یعنی اصلاً انشاء معامله صحیح نیست تا اجازه لاحقه بتواند آن را تصحیح یا تنفیذ کند.

تقریب استدلال مرحوم شیخ

شیخ می فرماید در بیع فضولی لنفسه، فضول خود را مالک فرض می کند و بعد از معامله، اجازه مالک اصلی این ملکیت را تبدیل می کند به واقع، به اینکه بیع از اول صحیح بوده است. به عبارت دیگر فضول خود را مالک حقیقی دانسته و بعد از معامله، اجازه مالک اصلی آن ملک تبدیل می شود به انشاء واقعی که انجام گرفته است.

بحث ناتمام است و ادامه بحث در جلسه آینده دنبال خواهد گردید.

اشترا الفضولی لنفسه بمال الغیر ۹۳/۰۹/۱۵

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: اشترا الفضولی لنفسه بمال الغیر

خلاصه درس:

مرحوم شیخ برای صحت معاوضه در بیع فضولی لنفسه می فرمایند احتیاج است که عاقد، فرض مالکیت برای خودش کند که حضرت استاد می فرمایند بدون این فرض هم انشا صحیح است. و در ادامه وارد بحث فضولی بودن مشتری می شوند و اشکال مرحوم علامه و راه حلّ مرحوم شیخ برای اشترا فضولی لنفسه را بیان کرده و آنرا نقد می کنند.

مرحوم شیخ می فرمایند : این شخصی که برای خودش معاوضه می کند و می خواهد ثمن، وارد ملک خودش شود این معاوضه حقیقی است با این بیان که از اول بنا می گذارد بر اینکه این مبیع ملک خودش است بعد همین شیء را مبنی بر اینکه ملک خودش است در مقابل عوض، مبادله می کند؛ این مبادله ی حقیقی است نه فرضی، منتهی بر روی یک شیئی که فرض شده مال خود بایع و عاقد است.

توضیح: اصل فرض کردن، دو صورت دارد؛ در یک صورت، معامله باطل است و در یک صورت معامله صحیح است.

ص: ۳۵۰

صورت اول (صورت تعلیق): یک مرتبه شخص فرض کننده، معامله را معلق بر فرض، انجام می دهد؛ می گوید اگر مال من باشد مبادله کردم و اگر مال من نباشد مبادله نکردم. در این صورت معامله، باطل است.

صورت دوم (عدم تعلیق): فرض مسئله ظاهراً عبارت از صورتی است که این شیء را توصیف می کند به این که مال من است و روی این شیء توصیف شده معامله می کند. این توصیف و بناگذاری دخالت در معامله ندارد همان طور که خیلی توصیفات در موارد دیگر دخالت ندارد. و از نظر انشاء تمام است و اگر مالک اصلی قبول کند معامله و نقل و انتقال صحیح است.

نظر حضرت استاد

ولی عرض ما این است که چه احتیاجی به این گونه بناگذاری است؟ شخص غاصب به مقتضای غصب، بر این مبیع سلطه پیدا کرده و فرض مسئله این است که می خواهد، ثمن را بخورد. خوردن ثمن متوقف بر این نیست که در موقع انشاء، معتقد باشد به اینکه ملک خودش است و هم چنین متوقف بر این نیست که بنا بگذارد که این ملک، ملک خودش است. و ممکن است از اول بدون فرض مالکیت برای خودش، بگوید ملک زید را به فلان قیمت فروختم بعد هم آن پول را خودش تملک کند. صحت این مسئله متوقف بر فرض کردن نیست و انشا حقیقی بین المالین و تبدیل دو شیء، وجود دارد منتهی یک مرتبه انشاء برای مالک انجام شده است و بعدا می خواهد اجازه از مالک بگیرد که فرضهای قبلی بود. و یک مرتبه انشا مقدمه است برای اینکه خودش ثمن را تملک کند که احتیاج به فرض شیخ ندارد و معامله حقیقی است منتهی هدف باطلی دارد که آنها به صحت انشاء ضرر نمی زند به نحوی که نتواند با اجازه مالک تصحیح شود.

صورت (إشترا الفضولی لنفسه بمال الغیر)

اشکال علامه و توجیه مرحوم شیخ

یک تکه هایی در کلام مرحوم شیخ روشن و صریح نیست. ایشان می فرمایند: «و لکن یشکل فیما إذا فرضنا الفضولی مشتریاً لنفسه بمال الغیر فقال للبائع الأصیل: تملّکت منک أو مَلَکْتُ هذا الثوب بهذه الدراهم؛ فإنّ مفهوم هذا الإنشاء هو تملّک الفضولی للثوب، فلا مورد لإجازه مالک الدراهم علی وجه ینتقل الثوب إلیه، فلا بدّ من التزام کون الإجازه نقلًا مستأنفاً غیر ما أنشأه الفضولی الغاصب (۱) .»

و سپس اشکالی از مرحوم علامه می آورند و آنرا توجیه می کنند: «و بهذا استشکل العلّامه رحمه اللّه فی التذکره ، حیث قال: لو باع الفضولی مع جهل الآخر فإشکال من أنّ الآخر إنّما قصد تملیک العاقد» (۲)

علامه فرموده اگر در معامله یک طرف به فضولیت طرف مقابل، جاهل باشد صحت معامله، معلوم نیست.

مرحوم شیخ اشکال علامه را توجیه می کنند و می فرمایند این کلام نقض نشود به آنجا که یک طرف نسبت به وکاله یا ولایه طرف دیگر جاهل است و آن طرف دیگر، عقد را برای موکّل یا مولی علیه خود انجام می دهد؛ چون در آنجا خصوصیت ملغی است و منظورش از اینکه تملیک تو کردم، أعمّ است یعنی تو یا آن چیزی که مربوط به توست و تو در نظر گرفته ای مثل موکّل و مولی علیه؛ و در این اشکالی نیست. ولی اینجا که یک طرف، فضولی است، احتیاج دارد که بعداً با اجازه تصحیح شود تا نقل و انتقالی واقع شود. حالا آیا آن مالک اصلی اجازه بدهد یا اجازه ندهد. اینجا که یک طرف جاهل به فضولی است، نمی توان گفت خصوصیت (در جمله تملیک تو کردم) ملغی است. مرحوم علامه آن اشکال را فرموده و مرحوم شیخ هم توجیه کرده و دیگر بیانی راجع به خصوص این ندارد. و کلامش روشن و صریح نیست که قبول دارد یا ندارد.

۱- کتاب المکاسب، للشیخ الأنصاری، ج ۳، ص۳۸۱، ط الحدیثه.

۲- کتاب المکاسب، للشیخ الأنصاری، ج ۳، ص۳۸۲، ط الحدیثه.

نظر حضرت استاد

واقعش این است (در اشترا فضولی لنفسه) اصیل که می فروشد به فضولی و نمی داند فضولی است، به معامله ی فضولی کردن، راضی نیست تا بعد بروند ببینند مالک، اجازه می دهد یا نه. ما به صحت این معامله ملتزم نمی شویم، ولو بعدا مالک اجازه بدهد؛ برای صحت باید این طرف اصیل، از اول راضی باشد علی وجه الاطلاق چه حقیقی باشد چه فضولی. ولی خیلی مواقع علی وجه الاطلاق راضی نیست و اگر به او بگویند که معامله، فضولی است باید بروند اجازه بگیرند از مالک، تا ببینید او اجازه می دهد یا نه، می گوید من اصلاً یک چنین معامله ای را نمی خواهم. لذا این معامله اصلاً معلوم نیست صحیح باشد. کلام شیخ هم روشن نیست که بالأخره می خواهد صحیح بداند یا صحیح نداند. ولی به نظر می رسد که باید تفصیل قائل شد.

پرسش: صحیح نیست یا خیاری است؟ پاسخ: ممکن است اصلاً صحیح نباشد و ممکن است راضی باشد منتهی به لزومش راضی نباشد.

پرسش: ممکن است که راضی باشد و ممکن هم است که راضی نباشد نباید در این صورت به خودش مراجعه کنند؟ پاسخ: برای کشفش اشکال ندارد، و این غیر از خیار است اگر راضی نباشد اصلاً معامله واقع نشده نه اینکه خیاری است.

پرسش: جاهل بوده؟ پاسخ: همین شخصی که جاهل است ممکن است که اگر از او بپرسند، رضایت نداشته باشد رضایت به لزوم یا رضایت به اصل معامله. ثبوتاً هر دو جورش تصویر می شود. وقتی گفته شود شما این معامله را راضی هستی یا نه؟ اگر بگوید نه راضی نیستم این راضی نیستم نه اینکه از اول واقع می شود و بعد خیار دارد نه اصلش واقع نمی شود.

حلّ مرحوم شیخ برای (اشترا الفضولی لنفسه بمال الغیر):

عمـده عبـارت از حلّ مرحوم شـیخ است برای این مسـئله که مشتری فضولی است و در انشاء مالکیت او درج می شود. مشتری فضولی می گوید تملکت با این دراهم این چیزی را که تو دادی.

مرحوم شـیخ می فرماینـد این شـخص که می گویـد تملکت بهـذه الـدارهم این یا معتقد بوده برای اینکه مالک دراهم است یا بناگـذاری کرده بود بر اینکه مالک دراهم است و لـذا انشاء حقیقی روی آن مالک دراهم شـده و قهراً مشـکل عدم مالکیت با اجازه تصحیح می شود.

نظر حضرت استاد

این را که شـیخ می فرماینـد فی الحقیقه برای مالک می خواهـد بخرد ما این را نمی فهمیم. شـخص که خودش را مالک فرض می کنـد حالا صورت اعتقادیش که معتقد به مالکیت خودش می شود این طور نیست که علی وجه اطلاق برای هر مالکی من غیر قیدٍ بخواهد بخرد. چه داعی دارد برای دیگری که مالک است بخرد؟

یـک مرتبه کسـی می خواهـد برای مالک یک چیزی بخرد خودش هم یکی از مصادیق مالک است این قهراً برای خودش می خرد. ولی فرض مسـئله این نیست که این بنـا دارد برای مالک بخرد هر کسـی باشـد منتهی چون خودش مالک است قهراً برای خودش می خرد.

گاهی فرض مسئله این است که اگر بگویند مالکش زید است هیچ نمی خواهد برای او بخرد چه داعی دارد که زحمت بکشد برای دیگری بخرد؟ چون خودش را مالک می داند خصوصـیت خودش دخالت دارد برای اینکه یک چنین معامله ای را انجام بدهد. اینجا چطور بگوییم انشاء برای مالک اصلی واقع می شود!

و حال اگر فرض کردیم شخصی بنا دارد برای مالک بخرد چه خودش باشد چه دیگری؛ منتهی چون خودش است انشاء برای خودش کرده آیا اینجا می توان گفت چون یک چنین تصمیمی دارد پس انشای او برای کلی بوده است!

ما می گوییم به فرض هم اگر به او می گفتند که مال تو نیست مال زید است برای آن هم حاضر بود انجام بدهد ولی حالا که نگفته اند و برای خودش انجام داده، آیا قصد انشائی اش برای کلی جامع است؟ در اینجا وجداناً اطلاق ندارد که برای مالک اصلی واقع شود.

من راجع به اراده قبلاً عرض می کردم که اگر به کسی بگویند ولیّ عصر (عج) در مسجد امام تشریف دارند، این تصور منشأ می شود که دوان دوان برود بلکه تشرفی پیدا کند ولی بعد معلوم می شود که ولیّ عصر (عج) نبوده و یکی از علمای محترم بوده است. این شخص محرّک و صورت ذهنیه ای که او را حرکت داده، همین زیارت حضرت ولیّ عصر (عج) است ولو اگر می فهمید که فلان عالم هم هست یک صورت ذهنیه پیدا می کرد و آن صورت ذهنیه برایش محرک بود؛ ولی این منشأ نمی شود که بگوییم صورت ذهنیه ای که محرک برای تشرف به محضر حضرت بوده، همان صورت ذهنیه ای است که محرک به سوی آن عالم است.

حالا شخص اگر می فهمید مال زید است آن هم حاضر بود انشاء کند ولی حالا نمی دانست که مال زید است و خیال می کرد مال خودش بوده، صورت ذهنیه ای که در انشاء حاصل می شود و بناگذاری می کند این است که برای خودش بناگذاری کرده و جامع ما بین خودش و آن مالک اصلی در کار نیست. پس این را که شیخ خواسته تصحیح کند که در این معاملات این شخص واقعاً برای مالک اصلی می خرد حالا یک اشتباه کرده به حساب خودش یا بناگذاری کرده برای خودش، مطلب وجداناً چنین نیست.

پرسش: یعنی اگر بگوییم مالکیت هم در موضوع دخالت دارد جزء الموضوع است؟

پاسخ: می خواستم همین را بگویم اگر هم به فرض بگوییم و مسئله درست باشد تمام الموضوع نیست و جزء الموضوع است و نمی توانیم بگوییم در حقیقت برای مالک قرار گرفته هر که شد این را خلاصه ما نفهمیدیم چه است.

اشترا الفضولی لنفسه بمال الغیر ۹۳/۱۰/۰۶

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: اشترا الفضولی لنفسه بمال الغیر

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه اشاره ای به مطالب گذشته دارند. ایشان در ابتداء اشکال اول در تصحیح بیع الفضولی لنفسه را بیان نموده و جواب مرحوم شیخ به آن را مطرح می فرمایند که طبق فرمایش خود مرحوم شیخ این جواب در اشترا الفضولی لنفسه جاری نخواهد بود. و در ادامه اشکال مرحوم علامه و توجیح مرحوم شیخ مورد بررسی قرار می گیرد.

بیع فضولی لنفسه

بحث راجع به بیعی است که فضولی برای خودش انجام می دهد، یعنی بایع فضولی، بیع می کند تا ثمن داخل ملک خودش شود. آیا چنین عقدی با اجازه تصحیح می شود یا نه؟

اشکال تصحیح بیع فضولی لنفسه با اجازه

یکی از اشکالات این است که شأن اجازه تصحیح و امضاء نسبت به همان عقدی است که واقع شده است و عاقد هم عقد را برای خودش انجام داده است و لذا این امضاء اقتضاء نمی کند که این عقد برای دو مالک واقع شود و حفظ شأن اجازه متضاد با وقوع نقل و انتقال در ملک مالکین است.

ص: ۳۵۶

جواب مرحوم شیخ به اشکال

مرحوم شیخ در جواب فرمود : وقتی کسی انشاء بیع می کند، مبیع را در مقابل عوض تملیک می کند، اما در این انشاء به طور مستقیم این معنی وجود ندارد که عوض داخل در ملک چه کسی شود. البته لازمه ی انشای معاوضه این است که عوض داخل ملک کسی شود که معوض از ملک او خارج شده و به مقتضای قصد معاوضه، نقل و انتقال بین دو مالک اصلی واقع می شود. در اینجا قصد شخص این است که نقل و انتقال بین دو عوض واقع شود و وقوع عقد برای خودش تحت انشاء قرار نگرفته است، منتهی چون این شخص اشتباهاً اعتقاد دارد که مالک است، معتقد شده که این نقل و انتقال بین ملک خودش و ملک طرف مقابل واقع شده است، ولی در واقع نقل و انتقال بین مالک حقیقی و طرف مقابل واقع شده است و یا اگر هم اعتقاد اشتباهی نداشته باشد، ولی بنا را بر مالک بودن خودش گذاشته و نقل و انتقال را هم برای خودش می داند، در حالی

که آنچه در تحت انشاء قرار گرفته، غیر از آن چیزی است که بناگذاری شده است. بنابراین، امضاء به عقدی که انشاء شده است، تعلق گرفته است و قهراً بین متعلق امضاء و نقل و انتقال واقعی بین مالکین هیچ تنافی و تضادی وجود ندارد و هر دو عیناً منطبق بر هم می باشند و آن ادعاء و بناگذاری اشتباه هم مشکلی ایجاد نمی کند.

ص: ۳۵۷

اشترا الفضولی لنفسه بمال الغیر

مرحوم شیخ می فرماید در جایی که فضولی، مشتری باشد اشکال بالا با جوابی که ما بیان کردیم حل نمی شود. اگر مشتری فضولی باشد انشاء به حسب متعارف، هم از ناحیه ی موجب و هم از ناحیه ی قابل به همان فضولی تعلق می گیرد. یعنی وقتی فضولی با دراهمی که مال خودش نبوده چیزی می خرد، مالک که می خواهد به مشتری فضولی بفروشد، متعارفا این گونه عقد می کند که این ملک را تملیک تو کردم در مقابل آن پول و او هم می گوید من تملک کردم آن ملک را با این پول یا قبول کردم تملیک تو را با این پول.

بنابراین در مسئله ی قبلی که فضولی بایع است، به طور مستقیم در انشاء این مطلب قرار نگرفته است که ثمن ملک چه کسی شود، ولی در این مسئله که فضولی مشتری است، بایع به حسب متعارف و معمول، مشتری را مورد خطاب قرار داده و مبیع را به او تملیک می کند. مشتری هم به لسان قبول یا با کلمه ی تملک، مبیع را تملک می کند. بنابراین در این صورت تملیک مشتری در انشاء اخذ شده است و ما با امضاء مالک اصلی دراهم، می خواهیم نقل و انتقال بین مالک اصلی دراهم و طرف مقابل واقع شود، در حالی که این نقل و انتقال مطابق با مُنشأ نیست. پس این جوابی که مرحوم شیخ بیان فرمود، اشکال این صورت را حل نمی کند، زیرا هم موجب و هم قابل بالایجاب و القبول ملکیت مشتری را انشاء کرده اند.

ص: ۳۵۸

اشکال مرحوم علامه

بعـد ایشان می فرمایند که طبق فرمایش علامه نظیر این اشـکال در جایی که مشتری به فضولی بودن بایع جاهل باشد نیز جاری خواهد بود و تصـحیح این معامله با اجازه مشـکل است، زیرا وقتی مشتری ایجاب بایع را قبول می کند، ثمن را به عاقد تملیک می کند و اگر ما بخواهیم ثمن بر خلاف قصد مشتری به مالك اصلی منتقل شود، بر خلاف هدف شخصی است که این بیع را قبول کرده است. بنابراین علامه در فرض مسئله ای که بایع فضولی است، ولی مشتری جاهل به فضولی بودن اوست این اشکال را بیان نموده است.

در جایی که مشتری به فضولی بودن بایع جاهل باشـد، قصـد مشتری عبارت از تملیک ثمن به خود عاقد است و ما می خواهیم بگوییم که با اجازه، این ثمن به ملک مالك اصـلی- که غیر از عاقـد است- منتقل شود و این درست نیست که ما با اجازه این عقد را تصـحیح کنیم. خلاصه مرحوم شیخ می گوید این اشکالی که ما در مثال فضولیت مشتری زدیم، علامه نظیر این اشکال را در فضولی بودن بایع با جهل مشتری به فضولیت بیان نموده است.

توجیه اشکال علامه توسط مرحوم شیخ

البته مرحوم شیخ در ادامه می فرماینـد که به علامه نقض نشود که اگر در صورت جهل مشتری به فضولی بودن بایع، تصـحیح معامله محل اشـکال باشـد، در صورتی هم که مشتری نمی داند عاقد، وکیل از طرف دیگری است، یا ولیّ برای دیگری است، باز هم باید معامله محل اشـکال باشد، زیرا نظر مشتری نسبت به عاقد است نه به مالك اصلی، در حالی که همه قائل به صحت چنین معامله ای هسـتند. در صورتی که عاقد خودش اصیل نیست و وکیل از جانب دیگری است، یا ولیّ شخص دیگری است، طرف مقابل هم که جاهل به وکالت یا ولایت اوست، خیال می کنـد که این مال متعلق به خود اوست و قهراً قصـد می کند که ثمن را به خود این شـخص تملیـک بکنـد و این اشـکالی که در جهـل فضولی مطرح شـد، در اینجا هم وارد خواهـد بود، پس بنابراین این اشکال مغالطه ای است و درست نیست.

ص: ۳۵۹

مرحوم شیخ می فرماید این نقض به علامه وارد نیست، زیرا در وکاله و ولایه شخصی که معامله می کند نظر خصوصی ندارد که این معامله برای شخص عاقد باشد یا برای دیگری. در هر صورت هدف این شخص حاصل می شود. که انجام معامله و نبودن حالت منتظره ای در معامله است. حتی در صورتی هم که عالم به این مطلب باشد که عاقد وکالتاً یا ولایتاً از جانت دیگری می خواهد عقد را انجام بدهد، باز هم می تواند به اعتبار نایب بودن بگوید: به تو تملیک کردم.

ولی در باب فضولی هدف شخص این نیست که یک عقدی واقع بشود و بعداً ببیند که آیا مالک اصلی اجازه می دهد یا نمی دهد. هدف اصلی این شخص عبارت از این است که با همین عقد مطلب تمام بشود، در حالی که با فضولی عقد تمام نمی شود و حالت منتظره ای برای این معامله وجود دارد و این بر خلاف مقصد خود مشتری است. بنابراین در مسئله ی فضولی اشکال تخلف قصد وجود دارد، ولی در باب جاهل بودن مشتری به وکیل یا ولی بودن طرف مقابل، تخلف از قصدی در کار نیست، بلکه قصد مشتری اوسع است.

اشکال به مرحوم شیخ

چند جهت از فرمایشات مرحوم شیخ برای ما ابهام دارد. البته برخی از فرمایشات ایشان را می شود به یک نحوی توجیه کرد، ولی بعضی جاها را نمی دانیم چطور توجیه کنیم.

در ابتداء ایشان فرمودند که ما مشکل بیع لنفسه را در باب فضولی یک جوری حل کردیم، ولی در موردی که فضولی مشتری باشد، با توجه به این که در وقت انشاء مالکیت فضولی اخذ شده است، آن جوابی که قبلا از اشکال داده شد، در این جا نمی توانیم بیان کنیم، زیرا آنجا در ایجاب فقط قصد معاوضه شده است و فقط خارج از این معاوضه یک اعتقاد خارجی یا بناگذاری خارجی هست که ضرر به انشاء نمی رساند، ولی در جایی که فضولی مشتری باشد، این اشکال وارد خواهد بود، زیرا در انشاء مالکیت بایع نسبت به ثمن اخذ شده است.

ص: ۳۶۰

ظاهر فرمایش مرحوم شیخ عبارت از این است که اخذ در انشاء منحصر به مشتری فضولی باشد، ولی ممکن است که در ایجاب هم مالکیت ثمن برای بایع اخذ شده و شخص بگوید: من این شیء را به شما می فروشم، در مقابل اینکه فلان ثمن از ناحیه تو به ملک من منتقل بشود. بنابراین مرحوم شیخ اشکال را در فضولی بودن مشتری وارد دانسته است، ولی فرقی نمی کند که مالکیت نسبت به مثمن اخذ شده باشد یا ثمن و یا راجع به بایع باشد یا مشتری و این اشکال می تواند در تمام این موارد وارد باشد.

توجیه کلام مرحوم شیخ

البته می توانیم این اشکال را این طور جواب بدهیم که نظر مرحوم شیخ به متعارف موارد بوده است و در موارد معمول و متعارف در انشاء بایع فضولی چنین چیزی اخذ نمی شود و طبع قضیه اقتضاء می کند که تملیک نسبت به مالک اصلی باشد، ولی در باب فضولی بودن مشتری، متعارف عبارت از این است که هم بایع و هم مشتری هر دو در انشاء، مالکیت مشتری را در نظر گرفته و بایع می گوید: من این مبیع را ملک تو کردم و به تو فروختم، مشتری هم می گوید: من هم قبول کرده و تملک کردم.

هر چند در مسئله اشترا الفضولی هم در برخی موارد ممکن است بر خلاف متعارف، خود مشتری درج نشود و بایع بگوید: این عین را از ملک مالکش خارج کرده و به ملک مالک ثمن منتقل کردم و مشتری را هم در نظر نگیرد. در این صورت مالکیت مشتری در انشاء در نظر گرفته نشده است، ولی متعارف مواردی که در معاملات هست، تملیک و تملک مشتری تحت الانشاء قرار می گیرد، لذا مرحوم شیخ متعارف موارد را در نظر گرفته و در مسئله ی بیع الفضولی اشکال را به یک نحوی حل کرده است، ولی در مسئله ی اشترا الفضولی با توجه به این که تملک مشتری به حسب متعارف تحت الانشاء در نظر گرفته می شود، آن جواب، مشکل را حل نمی کند.

ص: ۳۶۱

بحث دیگر عبارت از این است که ایشان می فرمایند علامه حلی هم بر اساس همین اشکال، در باب جاهل بودن مشتری به فضولیتِ طرف مقابل گفته است که «مشکلٌ»، در حالی که آن موردی را که علامه ذکر کرده است، فرض تحت الانشاء بودن نیست، بلکه فرض مسئله ی علامه عبارت از این است که بایع فضولی یک چیزی را می فروشد و متعارفاً هم اسم می برد که ثمن داخل ملک چه کسی بشود، منتهی طرف مقابل نمی داند که این شخص فضولی است و به فضولی بودن بایع جاهل است. در این فرض مالکیت ثمن برای بایع تحت الانشاء قرار نگرفته است، بلکه اعتقاداً یا بناءً این طور قرار گذاشته شده است.

اشکال این فرض همان اشکال اولی مسئله است که خود مرحوم شیخ جواب داده است و اشکال ثانوی که تحت الانشاء بودن است، ربطی به کلام علامه ندارد و ما نفهمیدیم که چرا ایشان این مطلب علامه را نظیر اشکال دوم دانسته اند، در حالی که با همان جوابی که داده شد، مشکل علامه هم حل می شود و با توجه به این که قصد معاوضه شده است و چیزی هم خارج از معاوضه تحت الانشاء نیست، اگر قصدی کردند یا علمی پیدا شد، مضر به معامله نخواهد بود.

مطلب بعدی این است که ایشان راجع به نقضی که به کلام علامه در بحث وکالت یا ولایت وارد شد، فرمودند: این نقض وارد نیست، زیرا در باب وکیل و ولی خصوصیتی مطرح نیست که مالك اصیل باشد یا غیر اصیل و معاوضه کلی است و هیچ خصوصیتی مطرح نیست.

ص: ۳۶۲

ایشان در ادامه فرمودند که حتی اگر شخص بداند که طرف مقابل اصیل نیست و نیابتاً از دیگری بالولایه یا بالوکاله این عقد را انجام می دهد، باز هم می تواند به او خطاب تملیک بکند.

بحث در این است که آیا انسان می تواند نسبت به نایب این طور خطاب کند که من املاک تو را زیاد کردم و این ثمن را داخل در ملک تو کردم؟!

به نظر ما چنین خطابی حتی مجازاً هم صحیح نیست و این خطاب مثل این است که انسان اسم منوب عنه را بر روی نایب بگذارد و مثلاً شخصی را که ولایت بر یک بچه ی کوچکی دارد را با اسم آن بچه خطاب کند!

خلاصه مرحوم شیخ این تعبیر را دارد، ولی به نظر ما الزامی نداشت که این مطلب را اضافه کند و ما از مفاد فرمایش ایشان سر در نمی آوریم. ایشان می گوید: «لأنه حینئذ» یعنی در جایی که به وکیل یا ولی بودن جاهل است، «إنّما یقصد به المخاطب بعنوانه الأعمّ من کونه أصلیّاً أو نائباً»، یعنی به مخاطب می گوید که من این را به کسی تملیک می کنم که مورد نظر توست، چه خودت را در نظر گرفته باشد و چه منظور تو موکلت یا مولی علیه ات باشد و این کار اشکال ندارد و تملیک اعم از این است که خودش باشد یا دیگری باشد و نظر شخص به این است که این ثمن منتقل شده و معامله تمام بشود. «و لذا یجوز مخاطبته و إسناد الملک إلیه مع علمه بکونه نائباً» لزومی به این تعبیر آخر نبود و چنین چیزی هم صحیح نیست و هم عرفیت ندارد که به نائب گفته شود: من به املاک تو یک چیزی اضافه کردم و تو الان یک ملک بیشتر داری. البته نظر مشتری می تواند اعم از این باشد که خود عاقد مالک شود یا دیگری، ولی تعبیر به «إسناد الملک إلیه» راجع به نائب درست نیست.

بنابراین فرمایش ایشان عبارت از این است که وقتی در صورت علم معامله صحیح باشد، در صورت جهل مطلب روشن تر است، ولی در باب فضولی مسئله این طوری نیست، زیرا در باب فضولی خصوصیت برای شخص منظور است و می خواهد مطلب را تمام کند نه این که معامله بکند و ببیند که آیا بعداً مالك قبول می کند یا نمی کند. البته اگر شخص عالم باشد، اشکالی ندارد و می داند که باید بعداً اجازه گرفته شود، ولی در صورت جهل، معمولاً شخص نظر خصوصی دارد که با همین معاوضه مطلب تمام بشود. و لذا مرحوم شیخ می فرمایند که این نقض درست نیست.

پس بنابراین مشکل دوم در مسئله عبارت از این است که در باب مشتری مالکیت فضولی تحت الانشاء اخذ شده است، ولی ما می خواهیم که با اجازه، مالکیت مالك واقعی را اثبات کنیم و چطور اجازه می تواند این کار را انجام بدهد؟

از مرحوم شیخ اسد الله شوشتری (بعض المعاصرین) جوابی برای این اشکال مطرح شده است که مرحوم شیخ می فرمایند: آن جواب درست نیست و خود ایشان جواب دیگری می دهد.

اشترا الفضولی لنفسه بمال الغیر ۹۳/۱۰/۰۷

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: اشترا الفضولی لنفسه بمال الغیر

خلاصه درس: حضرت استاد در ابتدا اشکال وارد شده به تصحیح اشترا الفضولی را مطرح و جواب مرحوم شوشتری را بیان می کنند سپس نقد مرحوم شیخ به جواب مرحوم شوشتری و یک جواب از طرف خود مرحوم شیخ بررسی می شود و در ادامه با بررسی نظر بعض المعاصرین، ترکیبی بودن انشاء فضولی از سه مورد را قبول کرده و در انتها، تصحیح عقد فضولی با اجازه به نحوی که خود فضولی مالك شود را در کلام مرحوم کاشف الغطا بیان و جواب های مرحوم شیخ بررسی می شود.

ص: ۳۶۴

اشکال در اشترا الفضولی لنفسه بمال الغیر

در مسأله إشترا الفضولی لنفسه، مالکیت فضولی تحت الإنشاء اخذ شده است، ولی ما می خواهیم با اجازه، مالکیت مالك واقعی را اثبات کنیم؛ چطور اجازه این کار را انجام می دهد؟

جواب بعض المعاصرین (شیخ اسدالله شوشتری)

«و قد تفطّن بعض المعاصرین لهذا الإشکال فی بعض کلماته، فالتزم تاره ببطلان شراء الغاصب لنفسه، مع أنّه لا یخفی مخالفته للفتاوی و أکثر النصوص المتقدّمه فی المسأله کما اعترف به أخیراً، و أُخری بأنّ الإجازه إنّما تتعلّق بنفس مبادله العوضین و إن کانت خصوصیّه ملك المشتری الغاصب للمثمن مأخوذه فیها»

مرحوم شیخ می فرماید که بعضی از معاصرین متوجه این اشکال شده و جواب هایی بیان نموده اند.

جواب اول: ما ملتزم به بطلان شراء لنفسه می شویم.

اشکال مرحوم شیخ به جواب اول: قول به بطلان، مخالف اکثر روایاتی است که در باب فضولی بیان شده و از آن ها صحت شراء فضولی استفاده می شود و لذا ما نمی توان قائل به بطلان شراء فضولی شد.

جواب دوم: در باب شراء فضولی، شخص با انشاء دو کار انجام می دهد: یکی انشاء معامله و مبادله بین شیئین و دیگر اینکه ملکیت مثمن را با خصوصیت برای خودش تثبیت می نماید. و مالک اصلی، نسبت به کار اول اجازه می دهد و نسبت به دیگری اجازه نمی دهد. قهراً با اجازه اصل معامله نفوذ پیدا می کند، ولی با توجه به این که خصوصیت مورد نظر شخص، مجاز نیست، نفوذ پیدا نمی کند. هدف ما هم این است که معامله بین مالک اصلی و طرف مقابل واقع شود.

ص: ۳۶۵

اشکال مرحوم شیخ به جواب دوم

«و فیه: أنّ حقیقه العقد فی العباره التی ذکرناها فی الإشکال أعنی قول المشتری الغاصب: تملّکت أو ملکت هذا منک بهذه الدراهم لیس إلّا إنشاء تملّکه للمبیع، فإجازه هذا الإنشاء لا یحصل بها تملّک المالک الأصلی له، بل یتوقّف علی نقل مستأنف ».

مرحوم شیخ می فرماید در آن مثالی که ما ذکر کردیم، بایع می گوید: «ملکتک بهذه الدراهم» مشتری فضولی هم در مقابل می گوید: «تملکتک یا ملکت هذا منک بهذه الدراهم». در اینجا یک انشاء بیشتر نیست و مُنشأ، ملکیت فضولی است و صحیح نیست که با اجازه، چیزی غیر از مُنشأ محقق شود.

جواب مرحوم شیخ به اصل اشکال

مرحوم شیخ در بیان جواب صحیح می فرماید که وقتی شخص فضولی عقد را اجراء می کند، اگر نقل و انتقال را من حیث هو در نظر بگیرد، اصلاً معامله ای در کار نیست، زیرا در معامله باید نیت و قصد ردّ و بدل شدن بین طرفین وجود داشته باشد. بنابراین اگر معامله بدون اعتبار مالکیت یا اعتقاد شخص به مالکیت خودش نسبت به ثمن واقع شود، معاوضه صدق نمی کند و چنین چیزی باطل است. معاوضه ی مفروض، در جایی است که شخص یا معتقد به مالک بودن خودش است و ردّ و بدل شدن بین دو ملک مالکین را در نظر می گیرد یا مانند شخص غاصب بناگذاری بر ملکیت خودش می کند. در هر دو صورت خودش بما أنه مالکٌ، طرف مقابله است و این حیثیت، حیثیت تقییدی است، یعنی چون این ذات چنین خصوصیتی دارد، نقل و انتقالی نسبت به آن واقع می گردد.

ص: ۳۶۶

در برخی موارد دیگر هم گاهی حکم روی عنوانی که بر شخص منطبق شده است، بار می شود مثل این که زید از این حیث که عالم است، باید به او اکرام شود و یا من حیث أنه سیدٌ، چنین حکمی دارد، یا من حیث أنه ایرانیٌ فلان حکم را دارد. در تمام این موارد، اگر عناوین منطبق بر یک شیئی باشد، احکام بر این عناوین حمل می شود. در این جا هم شخص بما أنه مالکٌ معامله می کند و در حقیقت معامله به حسب انشاء خود عاقد، بین مالکین واقع شده است. مالک اصلی هم با اجازه، همین عقد را تصحیح می کند و اجازه عقد مستأنفی نیست.

اشکال به جواب مرحوم شیخ

اشکال اول: ولی آیا وجدان هم به این مطلب حکم می کند؟! یا بر خلاف وجدان طبیعی است که گفته شود: این شخص انشاء تملیک را برای خودش کرده، ولی این انشاء نسبت به خود مالکین اصلی واقع می شود؟! شیخ کأن می خواهد بفرماید که این انشاء نسبت به خودِ عاقد مجازی است و صحت سلب دارد، ولی نسبت به مالکلین حقیقی است. اگر ایشان چنین ادعائی بکند، بر خلاف وجدان است. باید ببینیم این حیثیتی که طبق فرمایش ایشان بر فضولی منطبق می گردد، آیا حیثیت مالکیت واقعیه است یا مالکیت اعتقادی و بنائی است؟

آن حیثیتی که منطبق بر شخص فضولی است، مالکیت حقیقیه نیست. بلکه یا مالکیت اعتقادی است که شخص اشتباه نموده و خیال کرده که خودش مالک است و بر همین اساس معامله را انجام داده است و یا اینکه بنا را بر مالک بودن خودش گذاشته است. بنابراین اگر قرار هم باشد که حکمی به اعتبار حیثیتی بار شده باشد، نسبت به حیثیت و عنوان مالک اعتقادی یا مالک بنائی حمل شده است، نه بر عنوان مالک واقعی، ولی شما می خواهید که حکم را نسبت به مالک واقعی حمل کنید.

بنـابراین در عقـد فضولی انشاء نسـبت به مالکیت اعتقادی یا مالکیت بنائی فرض شـده است و کاری به مالک حقیقی نـدارد و نسبت بین ملکیت حقیقی و ملکیت بنایی یا اعتقادی هم عموم و خصوص من وجه است و ممکن است که انسان مالک واقعی یـک شـیئی باشـد، ولی به جهت اینکه معتقـد به مالکیت خودش نیست، معامله نکنـد، از طرف دیگر هم گاهی شـخص مالک حقیقی یـک شـیئی نیست، ولی چون معتقـد به مالکیت خودش می باشـد، معامله و انشاء بر آن قرار می گیرد. بنابراین درسـت نیست که بگوییم: انشاء نسبت به مالک واقع شده است.

اشـکال دوم: عبـارت از این است که بر فرض هم که مـا تسامحاً ملکیت اعتقـادی یا بنائی را با واقع یکی حساب کنیم، باز هم خصوصیت خودش در این انشاء دخالت دارد، نه این که معامله روی مالک رفته باشد.

در مثالِ عالم، احترام به «علم» بما هو بار می شود و خصوصـیت زیـدی که عالم است، دخالتی ندارد و هر کس دیگری هم که عـالم باشـد، بایـد مـورد احـترام قرار بگیرد، ولی در اینجـا این طـور نیست که برای فضـولی فرقی بین خـودش و دیگران وجود نداشـته باشـد، بلکه یـک قسـمت از انشاء مربوط به این است که خود شـخص مثمن و عین مورد معامله را به دست بیاورد و به مالک اصلی کاری ندارد.

خلاصه تطبیق این معامله بر مالک اصـلی از دو جهت درست نیست: اولاً حیثیتی که در اینجاست، با مالک اصـلی نسبت عموم من وجه دارد و ثانیاً اگر هم حیثیت موجود در اینجا واقعی باشد، باز هم خصوصیت خود عاقد دخالت دارد و معامله به صورت مطلـق نیست. بنـابراین به نظر می رسـد که راه حـلّ شـیخ برای این مسـئله یـک امر عرفی متعـارف نیست و این طـور نیست که خواسـته ی عاقد حقیقتاً این باشد که مالک اصـلی را مالک قرار بدهد و این مطلب فقط بر اساس قوت علمی شـیخ تحریر شده است و به نظر ما تمام نیست.

پرسش: ممکن است غاصب بگوید که من مال سرقتی را دارم می فروشم؟

پاسخ: مرحوم شیخ می فرماید که در این صورت اصلاً معاوضه نیست. البته این یک بحث کلی است که قبلاً به آن اشاره شد که آیا در معاوضه باید نقل و انتقال بین طرفین واقع شود یا چنین چیزی معتبر نیست. مرحوم شیخ قائل به اعتبار این نقل و انتقال بین طرفین است، زیرا بیع معاوضةٌ من المعاوضات و لذا برای تصحیح معاوضه چنین چیزی معتبر است. بنابراین ایشان بر اساس این مبنی، قائل به این مطلب است، ولی اگر کسی این مبنی را قبول نداشته باشد، مطلب دیگری است که بحث آن گذشت.

بررسی نظر بعض المعاصرین(شیخ اسدالله شوشتری)

به نظر می رسد آن مطلبی که بعض المعاصرین بیان کرده و شیخ آن را قبول نکرد، وجدانی باشد. شخص فضولی با انشاء سه کار انجام می دهد:

اول: آن مال از ملک مالک اخراج شود؛ حال مالک هر که می خواهد باشد.

دوم: در مقابل آن مال، مثمن هم از ملک دیگری اخراج شود.

سوم: مال از ملک مالک اصلی خارج شده و به ملک این شخص منتقل شود.

در اینجا یک مالک، واقعاً مالک اصلی است و دیگری هم به صورت ادعائی خودش را مالک اصلی فرض کرده است. بعد از انجام معامله، صاحب اصلی پول می گوید که اگر با پول من چیزی خریدند، اشکالی ندارد و من موافقت می کنم، یعنی موافقت می کنم که این معامله برای خود من واقع شود.

ص: ۳۶۹

بنـاء عقلاـ در این جـا عبـارت از این است که وقتی دو جهت معـامله واقع شـده است و نسـبت به جهت سوم هم صـاحب پول موافقت می کند، همین امضای مالک اصلی را برای تصحیح این نقل و انتقال کافی می دانند.

البته در برخی موارد، شـخص کاملاًـ بیگانه است و اجازه و امثال آن معنی نـدارد، ولی در اینجا که پول متعلق به مالک اصـلی است و او هم موافقت خود را با این معامله اعلام می کنـد، به نظر می رسد که امضاء و موافقت او موجب تصـحیح عقد شود و در حقیقت صـاحب پول با دو جهت معامله (اخراج مثمن و ثمن) موافقت نموده و فقط با جهت سوم مخالفت نموده است و در مقداری که موافقت نموده است، معامله صـحیح می باشد و اشکالی ندارد. البته شیخ انشاء را یک انشاء فرض کرده است و در یک انشاء هم معنی ندارد که مالک اصلی یک مقدارش را درست و یک مقدارش را نادرست بداند.

تصحیح عقد فضولی به نحوی که خود فضولی مالک شود

دو راه در کلام مرحوم کاشف الغطاء

مرحوم شـیخ در ادامه وارد یک مسـئله جدیـد می شونـد که گویا کاشف الغطاء مطرح کرده و آن این است که بگوییم در بیع لنفسه یا شـراء لنفسه، با اجازه آن چیزی که طرفین قصد کردند همان با تمام خصوصیات برای خود فضولی واقع شود. یعنی در بیع فضولی، بـا اجـازه، ثمن در ملـک بـایع فضولی داخـل شود. و در اشترا فضولی، با اجازه، مثمن، داخل ملک مشتری فضولی شود. مرحوم کاشف الغطا از دو راه این را تصحیح می کند:

راه اول:

اینکه در معاوضات شرط باشد از آنجایی که معوض خارج می شود، عوض هم به همان جا منتقل شود، بگوییم این شرط معتبر نیست. بنابراین شخص که می خواهد اجازه دهد می گوید اجازه می دهم که از ملک من یک چیزی خارج شود در عوضش یکی دیگر حالا هر کسی هست او مالک شود. و لذا عقد با همان خصوصیاتی که انشاء شده با اجازه تصحیح می شود و ثمن یا مثمن مال خود فضولی می شود.

راه دوم:

بگوییم وقتی شخص فضولی می خواهد معامله کند، اول یک انشاء مالکیت برای خودش می کند، حال یا انشاء مالکیت ثمن یا انشاء مالکیت مثمن و زمانی که مالک اصلی می خواهد اجازه دهد، می گوید هر کاری او انجام داده است، چه کاری که مقدمتاً انجام داده و برای خودش انشاء مالکیت کرده و چه کاری که بعداً انجام داده و نقل و انتقالی کرده است، من با همه ی این کارها موافقت می کنم.

پس با این اجازه، ضمناً برای فضولی ملکیت حاصل می شود و معامله از فضولیت بیرون رفته و بین دو مالک اصلی واقع می شود و نقل و انتقال هم بین فضولی (که حالا ـ مالک اصلی شده) و طرف مقابل واقع می شود و در این صورت مطلب تمام است. این نظیر مطلبی است که ایشان در باب معاطاه فرموده که اگر کسی اباحه جمیع تصرفات کند، از جمله ی تصرفات، تصرفاتی است که متوقف بر ملکیت است و در نتیجه عبدی را که مثلاً می خواهد عتق کند یا بفروشد، ضمناً برای خودش انشاء مالکیت می کند و بعد عتق می کند یا می فروشد. مثل این که شخص بگوید: «أعتق عبدك عنی»، یا بگوید: «إشترِ لنفسك بمالی» در تمام این موارد در ضمن این اشترائی که واقع می شود، یک انشاء ملکیت، ضمنا هم برای طرف واقع می شود و قهراً طرف اول مالک می شود و بعد به صورت طبیعی ملک خودش را نقل و انتقال می دهد.

ص: ۳۷۱

اشکالات مرحوم شیخ به راه دوم

اولاً ما در بحث معاطاه هم درست بودن این مطلب را قبول نکردیم. و برگشت اباحه ی جمیع تصرفات را به انشاء ملکیت برای خود شخص قبول نداریم. متفاهم عرفی از اباحه ی جمیع تصرفات این معنی نیست که شما اول انشاء ملکیت بکن و بعد از طرف خودت عتق کن یا بفروش. اباحه، تا آخر همان اباحه هست، منتهی نتیجه ی اباحه هر چه که هست، شخص به آن عمل می کند.

و ثانیا: قیاس مع الفارق است و نمی شود اینجا را به مورد إذن قیاس کرد، زیرا این دو متفاوت از یکدیگرند و در اجازه همان چیزی که واقع شده است مورد تنفیذ قرار می گیرد، ولی در اذن ممکن است به صورت مطلق إذن داده شده باشد و یکی از موارد آن هم انشاء تملیک برای خود شخص و قبول وکالتی آن باشد. ولی در بحث ما فضولی قبلاً عقدی را انجام داده که استنادی به مالک اصلی نداشته و هیچ وکالتی از جانب مالك اصلی وجود ندارد و نه شخص غاصب و نه کسی که اعتقاد به مالکیت خودش دارد، هیچ کدام توکیلی از جانب مالك اصلی ندارند.

خلاصه: فرض مسئله این است که ثمن یا مثمن به فضولی منتقل شود. مرحوم کاشف الغطاء می گوید که با اجازه خود فضولی مالك می شود و کأنّ اجازه هم مثل اذنی است که مالك قبل از معامله داده باشد و مالك اصلی با اجازه فضولی را وکیل کرده که از طرف من به خودت ببخش و بعد هم قبول و ایجاب شود و نقل و انتقال واقع شود. و ثمن یا مثمن هم نصیب خودت شود.

مرحوم شیخ می فرماید که این مطلب در اذن قابل تصویر است، ولی در باب اجازه این طور نیست، بلکه در اجازه هر کاری که شخص قبلاً انجام داده مورد تنفیذ قرار می گیرد و وکالت و امثال آن مطرح نیست. شخص فضولی یا معتقد به مالک بودن خودش می باشد و یا اینکه غاصب است و ملکیت ادعائی دارد و لذا این حرفها قابل تصحیح نیست.

تصحیح مالک شدن فضولی با اجازه ۹۳/۱۰/۰۸

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: تصحیح مالک شدن فضولی با اجازه

خلاصه درس: حضرت استاد در ابتدا بیان مرحوم شیخ در تصحیح ملکیت فضولی با اجازه را مطرح نموده اند. بحث بعدی راجع به مملک بودن إذن و اجازه است که ایشان پس از بیان فرمایش مرحوم شیخ، نظر خود را نسبت به این موضوع، مبنی بر مملک بودن به شرط تأخر بیع، مورد اشاره قرار می دهند. و در انتها نظر مرحوم شیخ راجع به مسئله ی لزوم جابجایی ثمن و مثمن بین طرفین را مورد بررسی قرار می دهند.

بیان مرحوم کاشف الغطا در تصحیح ملکیت فضولی با اجازه

مرحوم شیخ برای تصحیح ملکیت فضولی نسبت به ثمن و مثمن دو وجه از طرف مرحوم کاشف الغطا ذکر کرد . که در وجه اول فرمود: شخص فضولی دو کار انجام داده: یکی قصد ردّ و بدل شدن بین ثمن و مثمن و دیگر اینکه برای خودش فرض مالکیت کرده است و ما می خواهیم با اجازه ی مالک اصلی این عقد را تصحیح کنیم. اجازه ی مالک اصلی یک مرتبه به اصل مبادله متعلق می شود. یک مرتبه هم به این بنایی که شخص منضماً به اصل مبادله در نظر گرفته و خودش را مالک فرض کرده است، تعلق می گیرد. که لازمه ی این انضمام این است که این ثمن و مثمن نصیب عاقد فضولی شود و با اجازه ی مالک اصلی، این بناگذاری و این ضمیمه، تصحیح می شود.

ص: ۳۷۳

اشکال مرحوم شیخ

این ضمیمه با اجازه تصحیح نمی شود، حتی نفس إذن هم در مالک شدن شخص کفایت نمی کند و ملکیت با اسباب مَلّکه مانند ثبت و حیازت حاصل می گردد. و اجازه بالاتر از إذن نیست. البته اگر إذن داده نمی شد، حتی با ثبت و حیازت هم ملکیت شرعی حاصل نمی شد، ولی اگر إذن داده شود، معنایش این است که اسباب تملک از جانب شخص مأذون صادر شود و شرعیت این تملک با إذن درست می شود. بنابراین با نفس إذن، شخص نمی تواند مالک شود و قهراً در مانحن فیه نمی توان با صِرف اجازه، ملکیت فضولی را تصحیح کرد، زیرا عملی که جزء اسباب مُمَلّکه باشد از فضولی صادر نشده است. و لذا ملکیت شرعیه با اجازه درست نمی شود و ضمیمه کردن قصد شخص به اصل معامله نتیجه و فایده ای ندارد.

نقد ما بر فرمایش مرحوم شیخ

در اینجا نسبت به فرمایش مرحوم شیخ سه نکته را باید عرض کرد:

نکته اول: وجود تناقض بین دو انشاء

ایشان می فرمایـد که اگر ضـمیمه مورد اجازه قرار بگیرد، إذن برای مالک شـدن عاقـد خواهـد بود. ولی این مطلب تناقض بین انشائین است و بطلان از جهت وجود تناقض بین این دو خواهد بود، زیرا شخص فضولی یک انشاء نسبت به اصل معامله کرده و یـک بناگـذاری هم نسبت به مالـک بودن خودش نموده است دو انشا است. نتیجه ی اصل معامله حصول نقل و انتقال برای مالکین است، ولی نتیجه ی این ضـمیمه، حصول ملکیت برای عاقد است و قهراً با توجه به متضاد بودن این دو انشاء، باید باطل باشـد و نمی شود هر دو فعلی باشـند. مرحوم شـیخ این دو انشـاء را متضاد فرض نکرده و می گویـد: اگر عقـد با ضـمیمه مورد اجازه قرار گرفته باشـد، اذنِ به نقل و انتقال نسـبت به عاقـد خواهد بود، یعنی اجازه ی نقل و انتقال نسـبت به عاقد خواهد بود. البته ایشـان می فرماینـد که اجـازه و إذن از اسـباب انتقـال نیسـتند و با اذن چیزی منتقل نمی شود، چه برسـد به این که با اجازه منتقل شود.

نکته دوم: بررسی عبارت «لأنّ الإذن فی التملّک لا یؤثر التملّک»

مرحوم شیخ راجع به ضمیمه می فرماید : «إن مرجع هذا إلی إجازه ما بنی علیه العاقد من التملّک و إمضائه له إذ بعد إمضائه یقع البیع فی ملک العاقد فیملک البدل» این درست است، ولی بحث در این است که آیا چنین امضاء و امثال آن شرعاً و از جهت عقلائی صحیح است یا نه؟ «إلّا أنّ من المعلوم عدم الدلیل علی تأثیر الإجازه فی تأثیر ذلک البناء فی تحقّق متعلّقه شرعاً بل الدلیل علی عدمه لأنّ هذا ممّا لا یؤثّر فیه الإذن» هر چند اجازه صادر شده، ولی نفس الاجازه کافی نیست و با توجه به عدم صدور اسباب مملّکه، نمی توان ملکیت را تصحیح کرد. اجازه که بالاتر از إذن نیست و با توجه به این که إذن کافی نیست، اجازه هم کافی نخواهد بود. در ادامه این طور تعلیل می کند «لأنّ الإذن فی التملّک لا یؤثر التملّک».

عرض ما این است که در ظاهر عبارت، علت با معلل منطبق نیست. علت این است که مگر اذن یکی از علل مملکه است؟ اگر من اذن بدهم که میلیون ها تومان از اموال من مال شما باشد، آیا با همین إذنی که من دادم، شما مالک ملیون ها تومان از اموال من می شوید؟! چنین چیزی نیست. طبق ذیل عبارتِ ایشان، اذن جزء اسباب مملکه نیست، ولی صدر مسئله این نیست که نفس الاذن مملک باشد، بلکه بنایی که بعد از اذن هست، آن بنا مملک است، ولی تعلیل به شکل دیگری آورده شده و لذا به نظر می رسد که بتوانیم این تعلیل ایشان را این طور معنی کنیم: «لأنّ الإذن فی التملّک لا یؤثر التملّک بالبناء»، یعنی مراد از «لایؤثر التملّک» این است که «لایؤثر التملّک بالبناء»، زیرا ایشان قبلاً تملک بالبناء را می خواست اثبات کند. خلاصه باید عبارت ایشان طوری تفسیر شود که علت و معلّل با هم تطبیق کنند.

ص: ۳۷۵

نکته سوم: مملّك بودن إذن و اجازه ی متعقب به بیع

آیا این فرمایش « لأنّ الإذن فی التملّك لا یؤثر التملّك، فکیف إجازته» صحیح است؟ مثلاً کسی إذن می دهد که شما مالك شوید و شما هم در دلتان بنا بگذارید که این زمین مال شما باشد. آیا این جزء اسباب مملکه است؟ آیا به صرف اینکه مالك اصلی اذن داده و شما هم در دلتان بنا گذاشتید که این زمین مال شما باشد و هیچ چیز دیگری ضمیمه نشد، کفایت در مالکیت شخص می کند؟ عقلاء چنین چیزی را در ملکیت کافی نمی دانند.

ولی عرض ما این است که هر چند مجرد بنا گذاشتن بعد از إذن از اسباب مملّکه نیست، ولی اگر چنین چیزی متعقب به بیع باشد، مانعی ندارد که موجب تملك شخص بشود. عقلاء در چنین صورتی که شخص بناگذاری کرده و به دنبالش به نحو شرط متأخر، بیع خارجی تحقق پیدا می کند، قائل به سببیت برای ملکیت می شوند. البته ما می دانیم که إذن مالك اصلی و بناگذاری صِرف بدون هرگونه ترتیب اثر خارجی، ملکیتی نمی آورد، ولی بحث این است که شخص بعد از اذن، بنا می گذارد که این مال، مال خودش است و آن را می فروشد و روشن است که نمی توان گفت چنین چیزی از نظر عقلائی جزء اسباب مملکه نیست. خلاصه این قسمت درست برای ما معلوم نشد.

اجازه هم مانند اذن مشکلی ندارد، البته اگر اشکال تناقض را در نظر نگیریم. فرض این است که شخص دو انشاء کرده است: یک انشاءِ مربوط به اصل مبادله، یک انشاء هم راجع به خود شخص. و بین این دو انشاء، تناقض است و از این جهت باطل است. اما در صورتی که از ناحیه ی تناقض اشکالی وارد نباشد، این اشکال مرحوم شیخ وارد نخواهد بود.

ص: ۳۷۶

ایشان فرمود اگر فقط یک قسمت را اجازه کند، اشکالی ندارد. دومی را هم منضماً به اصل مبادله اجازه می کند. یعنی می خواهد که انشائین را امضا کند. اشکال ما، تناقض بین انشائین است، ولی اگر این اشکال را وارد ندانیم، می توان به اشکال مرحوم شیخ مبنی بر سبب مُمَلّک نبودن إذن- همان گونه که توضیح دادیم- جواب داد.

مرحوم شیخ: لزوم داخل شدن ثمن به جایی که مثمن از آنجا خارج شده

بحث دیگری که ایشان به آن اشاره فرموده اند ، عبارت از این است که بعضی ها در بیع و معاوضات و امثال آن ها می گویند که لزومی ندارد عوض به همان جایی وارد شود که معوض از آنجا خارج شده است، ولی ایشان می فرمایند که ما قبلاً هم گفتیم که این خلاف مفهوم بیع و مفهوم معاوضه است و باید عوض به همان جایی که معوض خارج شده است وارد شود. و ما تنها قائل به این مطلب نیستیم بلکه علامه «فی غیر موضعٍ من کتبه» این مطلب را با تعبیرات مختلف ذکر کرده است و در برخی جاها نسبت به وقوع چنین چیزی تعبیر به «لایتصور» نموده و در برخی موارد هم تعبیر به «لایعقل» کرده است. کأنّ چنین چیزی با مجاز هم درست نمی شود و حقیقت معاوضه عبارت از ردّ و بدل شدن بین طرفین است و لذا چنین چیزی معقول و صحیح نیست. بعضی ها هم قائل به عدم الخلاف نسبت به بطلان مسئله ای «اشتر لنفسک بمالی» شده اند، به این معنی که این إذنی که در این مسئله هست، هیچ خاصیتی ندارد که بخواهد موجب خروج این مال شود. بعضی ها نسبت به این مسئله نفی خلاف کرده اند. در حاشیه هم نوشته است که «ادعاه صاحب الجواهر» . البته از عظمای طایفه هم عده ای مثل شیخ و محقق و غیر آنها تصریح به بطلان این شراء کرده اند که شخص بخواهد با مال دیگری برای خودش شراء کند و بعد از حصول شراء، مثمن به ملک خودش منتقل شود.

البته مرحوم شیخ می فرمایند که طبق برخی تعابیر، اجماعی بودن این مطلب کمی سست می شود. تعابیری که مربوط به مسئله ی تعاقب ایادی بر شیء فضولی است. در آن مسئله که بعداً مورد بحث قرار می گیرد از قطب الدین (که ظاهراً مراد قطب الدین رازی است) و شهید اول (که شاگرد قطب الدین است) و غیر اینها این مطلب نقل شده است که اگر شخص با علم به غاصب بودن فروشنده، با او معامله کند، شخص غاصب نسبت به این ثمنی که به او پرداخت می شود، تسلط پیدا کرده و می تواند به وسیله ی این مال یک چیزی را بخرد و مالک شود. از این مطلب استفاده می شود که هر چند این ثمنی که به دست غاصب آمده است، هنوز از ملک مالک اصلی خارج نشده، ولی اگر به وسیله ی این ثمن بیعی واقع شود و یک متاعی به این غاصب منتقل شود، غاصب مالک مثمن می شود. که از ظاهر آن کلام چنین استفاده می شود. و بعد هم می فرماید مگر بگوییم: این ظاهری که مترائی است و ابتداءً به نظر می رسد، مراد این بزرگوران هم نیست و این گونه نیست که از تسلط غاصب اینطور استظهار کنیم که مالک نیست، ولی سلطه دارد، بلکه این تسلط مثل «الناس مسلطون علی اموالهم» است. این کسی که می داند فروشنده غاصب است و با علم به غاصبیت او، ثمن را به او تحویل می دهد، در حقیقت ثمن را به او تملیک می کند و دیگر برای خودش ملکیتی قائل نیست. مراد از تسلط این است، نه اینکه به ملک مالک اصلی باقی باشد. منتهی یک اختیاراتی برای او قائم شده است تا نقض به مطلب علامه و محقق و شیخ و امثال آنها باشد. البته ممکن است که مالکیت به صورت مطلق حاصل شده باشد و ممکن هم هست که مالکیت آناًمّا قبل از بیع مورد نظر باشد که بالأخره شخص با این تسلط بتواند بیع و امثال آنها را انجام بدهد. ایشان می گوید که ممکن است مراد این باشد و فخر المحققین هم در ایضاح می گوید که اصحاب می گویند که اگر کسی با علم به غاصب بودن فروشنده، با او معامله می کند، این ثمن را به او تملیک می کند. این نسبتی هم که به اصحاب داده شده است، می تواند مؤید این مطلب باشد که قهراً قطب رازی و شهید و امثال آنها هم از این مطلب تخطی نکرده اند. بنابراین، کأنّ همه ی اینها می خواهند بگویند که در معامله و معاوضه از هر کجا که مثمن خارج شده است، باید ثمن به همان ملک وارد بشود.

به هر حال ایشان می فرمایند که جواب صحیح برای مشکل بیع لنفسه یا شراء لنفسه همانی است که ما جواب دادیم، نه جوابی که از مرحوم کاشف الغطاء با دو تقریب نقل شد.

بیع الفضولی و جعل العوض فی ذمّه الغیر ۹۳/۱۰/۱۳

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: بیع الفضولی و جعل العوض فی ذمّه الغیر

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه به بررسی بیع فضولی در صورت جعل العوض فی ذمّه الغیر پرداخته و راه های تعیین الذمه را بیان می فرمایند. سپس نظر مرحوم شیخ راجع به حقیقت معاوضه و فروض متصور در آن را مورد بررسی قرار می دهند. بحث بعدی هم راجع به این است که مقتضای قاعده در صورت ردّ چه خواهد بود.

جعل العوض فی ذمّه الغیر

«بقی هنا أمران: الأوّل: أنّه لا فرق علی القول بصحّه بیع الفضولی بین کون مال الغیر عیناً أو دیناً فی ذمّه الغیر، و منه جعل العوض ثمناً أو مثمناً فی ذمّه الغیر.» (۱)

فضولی گاهی بایع است و گاهی مشتری. که اگر ما قائل به صحت شدیم اختصاص به جایی ندارد که مبیع یا ثمن از اعیان باشد، بلکه اگر مافی الذمه هم باشد، ادله ی فضولی و عموماتی مانند «أوفوا بالعقود» (۲) شامل آن خواهد شد. مثل این که زید، مالک یک خروار گندم در ذمه دیگری است و بایع فضولی این مافی الذمه را بدون اذن زید به دیگری بفروشد. یا مثل این که مشتری فضولی بگوید: به یک دینار در ذمّه ی زید، من این شیء را خریدم.

ص: ۳۷۹

۱- المکاسب،الشیخ مرتضی الأنصاری، ج ۳، ص ۳۹۰.
۲- مائده/سوره۵، آیه۱.

راه های تعیین ذمه (تصریح – ظهور کلام – قصد)

راه اول: تصریح

ذمه به شخص معین اضافه شود: «اشتریت هذا الثوب بمأه درهم فی ذمه زید» یا «بعت ثوبا فی ذمهزید بمأه درهم».

راه دوم: ظهور کلام

راه تعیین ذمه گاهی به تعبیر آقای خوئی بالظهور است (۱) . مثلاً بگوید: من از قِبَل زید یک خروار گندم را در مقابل فلان

چیز فروختم. این کلام ظاهر در این است که این شخص همان یک خروار گندمی را که در ذمه ی زید است را به دیگری می فروشد، منتهی این شخص فضولتاً این کار را انجام می دهد و قبلاً اذنی از ناحیه ی مالکِ ما فی الذمه نداشته است.

اشکالی در شمول ادله صحت فضولی نسبت به این دو قسم نیست.

راه سوم: قصد غیر

هیچ تنصیص یا ظهوری در کلام نیست و قرینه ای هم وجود ندارد، و فضولی فقط بینه و بین الله کلی مبیع یا ثمن را در ذمه ی زید قصد می کند.

مرحوم شیخ می فرماید: این قسم هم مانند نصوصیت یا ظهور صحیح هست، وقتی عوض از ملک شخص خارج می شود، در مقابلش هم یک دخولی واقع شده و با تعیین عوض، من له العقد هم اثبات می شود، و با تعیین من له العقد من علیه العقد هم مشخص می شود و از کیسه همان خارج می شود که داخل در کیسه او شده است . و با قصد معاوضه، وقتی ضرری به طرف مقابل وارد می شود، از طرف مقابل هم چیزی داخل در ملک این شخص می گردد. و خاصیت معاوضه عبارت از جابجایی بین عوض و معوض است.

۱- المکاسب، مصباح الفقاهه، ج ۴، ص ۱۲۱.

بنابراین همان طوری که اگر قصد معاوضه شد و یک چیزی به ضـرر یک کسـی از ملکش خارج شد، یک چیزی در ملک او جـایگزین این مـاخرج می شود، اگر هم ما ابتـداءً به عنوان معاوضه دخول در ملک دیگری را تصویر کردیم، در مقابلش یک چیز دیگری از ملک طرف مقابل خارج می شود. این مطلب لازمه ی معاوضه است.

توضیح کلام مرحوم شیخ

این مطلبی را که مرحوم شیخ مدعی است و همه آن را قبول ندارند، دو گونه می شود بیان کرد:

بیان اول: یک بیان- که کلام شـیخ هم ظاهر در آن است- عبارت از این است که بگوییم: اگر دخول و خروجی نشـده باشـد، اصلاً معاوضه مستحیل است که فرمایش علامه هم ناظر به همین مطلب است (۱)

بیان دوم: عبارت از این است که بگوییم: استحاله ای در کار نیست، بلکه اطلاق معاوضه، جابجایی بین دو چیزی را اقتضاء می کند. البته ممکن است که کسی تصریح کرده باشد که فلان چیز را برای بچه ی خودم می خرم و چنین چیزی بر خلاف اطلاق ممکن است، ولی اگر معاوضه مطلق گذاشته شد، جابجایی را اقتضاء می کند.

و اینکه ایـن مطلب درست است یـا نـادرست، بحث دیگری است و ممکن است کسـی چنین اطلاـقی را قبـول نداشـته باشـد و بگویـد که اگر قرینه ای نبود، عقـد فضولی نیست و ذمه ی خود عاقـد مشـغول خواهـد شـد. به هر حـال این بحث مبتنی بر این است که بگوییم: لازمه ی لاینفک معاوضه عبارت از جابجا شـدن است. و یا این که بگوییم: اطلاق معاوضه، جابجا شـدن را اقتضاء می کند.

ص: ۳۸۱

۱- تذکره الفقهاء، العلامه الحلی، ج ۱۳، ص۲۴۶.

بنابراین مرحوم شیخ می فرماید (۱) همان طور که تعیین عوض در خارج ما را از ذکر نام مالک اصلی و قصد آن بی نیاز می کند و معامله برای مالک واقع می شود ولو فضولی او را قصد نکند و خود را قصد کند هم چنین قصد و نیت (من وقع له العقد) هم کافی است و ما را از ذکر نام او و اضافه ذمه به سوی او، بی نیاز می سازد.

بررسی فرمایش مرحوم شیخ

مرحوم شیخ با این بیانی که برای مختار خودش ذکر کرده است، به اصل مطلب اشاره نکرده است.

ایشان می فرماید که اگر ما عوض یا من له العقد را تعیین لفظی کنیم، لازمه ی آن جابجایی است و نیازی به ذکر تفصیلی طرف مقابل و تنصیص نسبت به آن نیست، زیرا خاصیت معاوضه همین جابجا شدن است، ولی این مطلب ارتباطی به اصل بحث ما ندارد. بحث ما در صورتی است که نه تنصیصی شده است و نه کلام ظهوری در تعیین دارد و فقط قصد خارجی نسبت به بیع یا شراء فضولی واقع شده است. و بحث راجع به این است که آیا با چنین قصدی، معامله واقع می شود یا نه؟ شیخ راجع به این مطلب هیچ بیانی ذکر نکرده است و وجداناً هم ما نمی فهمیم که این کار عقلائی باشد. و لذا روشن نیست که بنای عقلاء نفس القصد را حتی در صورت وجود هر دو قصد، کافی بدانند، چه برسد به این که فقط یک قصد وجود داشته باشد.

۱- المکاسب، الشیخ مرتضی الأنصاری، ج ۳، ص ۳۹۰.

اگر در کلام یک قصد ذکر شده باشد، به جای دیگری کفایت می کند و لازم نیست نسبت به طرف مقابل قصد تفصیلی هم واقع شده باشد و همان معاوضه ی اجمالی کافی است، ولی در صورتی که اصلاً چیزی ذکر نشده باشد و بدون ذکر مالک، در حالی که ملک هم از اعیان معینه نیست که خود به خود تعین داشته باشد، خیلی روشن نیست که با صِرف نیت تنها، چنین معاوضه ای واقع شود. البته شیخ این مطلب را مسلم گرفته است و می فرماید که با نیت صحیح می شود و اگر طرف مقابل اجازه داد، قهراً معامله نفوذ پیدا می کند و حالت منتظره اش فقط مربوط به اجازه است.

ولی به نظر ما معلوم نیست چنین چیزی که هیچ تعیینی در آن ذکر نشده و فقط با قصد تعیین شده است، صلاحیت صحت را حتی با اجازه هم داشته باشد. شیخ هم بیانی ذکر نمی کند و فقط به این مطلب اشاره نموده است که در معاوضه ردّ و بدل شدن و جابجایی باید واقع شود و به همین مطلب اکتفاء کرده است. این قسمت از فرمایش ایشان خیلی برای ما روشن نیست.

مقتضای قاعده در صورت ردّ

اگر با تصریح یا ظهور ثابت شد که عقد به ذمه ی چه کسی تعلق گرفته و بعد از آن هم اجازه محقق شد، معامله تصحیح می شود، ولی در صورت ردّ مقتضای قاعده این است که هر دو شیء (ثمن و مثمن) به ملک اصلی مالکین باقی می ماند و وجه دیگری هم در کار نیست.

در اینجا یک مسامحه ای در تعبیر شیخ واقع شده است. ایشان می فرماید که اگر مالک اصلی اجازه داد، معامله نفوذ پیدا می کند، ولی اگر رد کرد، به همان حالت اولیه (ملک مالکین) باقی می کند، ولی قاعده اش این بود که ایشان بگوید: اگر اجازه داد، معامله نفوذ پیدا می کند و اگر اجازه نداد مثل اینکه مالک اصلی اصلاً متوجه نشود تا بمیرد، به ملک مالکین اصلی باقی خواهد بود. قهراً در این صورت نه اجازه ای در کار است و نه ردّی و باز هر دو شیء به ملک مالک اصلی باقی می ماند. و باقی ماندن بر ملک مالک اصلی از فروع ردّ نیست، بلکه از فروع عدم الاجازه است، ولی شیخ این نتیجه را از فروع رد قرار داده که یک قدری تسامح در تعبیر است.

پس طبق قاعده مرحوم شیخ می فرماید که اگر مالک رد کرد یا اجازه ای در کار نبود، در ملک مالک اصلی باقی می ماند. و می فرمایند در صورت ردّ، وجهی ندارد که فضولی یک طرف معامله قرار بگیرد، زیرا ا گر وجهی در کار بود، باید نفس فضولی بدون اجازه هم کافی بود و خود فضولی می توانست یک طرف معامله قرار بگیرد، در حالی که باید از مالک اصلی اجازه گرفت و دیگران حقی ندارند.

بنابراین، طبق قاعده بعد از رد مالک خود فضولی نمی تواند یک طرف معامله قرار بگیرد و در این مطلب حرفی نیست. البته ایشان یک تعبیری دارد که این تعبیر برای اثبات مدعی خیلی کافی نیست. ایشان این طور تعبیر می کند: « و إن ردّ فمقتضی القاعده بطلان العقد واقعاً لأن مقتضی ردّ العقد بقاء کل عوض علی ملک صاحبه إذ المال مردد فی باب الفضولی بین مالکه الأصلی و بین من وقع له العقد» (۱) . اگر عقد صحیح باشد، آن مال به «من وقع له العقد» منتقل می شود، ولی اگر عقد باطل باشد، مال در ملک مالک اصلی است و شخص ثالثی در این بین حسابی ندارد، نه در فرض صحت و نه در فرض بطلان.

۱- المکاسب، الشیخ مرتضی الأنصاری، ج ۳، ص ۳۹۰.

«فلا- معنی لخروجه عن ملک مالکه و تردده بین الفضولی و من وقع له العقـد»، وجهی نـدارد که بگوییم: در این قضـیه چه در صورت ردّ و چه در صورت قبول، مـال از ملـک مالـک خارج شـده است، منتهی اگر مالک قبول کرد، عقـد برای «من وقع له العقـد» واقع می شـود؛ ولی اگر قبـول نکرد، برای فضولی واقع می شود. وجهی برای این مطلب وجود نـدارد، زیرا فضولی که کاره ای نیست. «إذ لو صـح وقوعه للفضولی لم یحتـج إلی إجازه و وقع له»، اگر این طور بود که دیگر فضولی احتیاج به اجازه نداشت.

البته بهتر بود که شیخ این تعلیل را نمی آورد، زیرا ممکن است اینها بگویند که اگر عقد بخواهد برای من له العقد واقع بشود، احتیاج به اجازه دارد، اما در صورتی که اجازه نداد و برای من له العقد واقع نشد، طبعاً برای این واقع می شود. و این ضرری به مطلب نمی زند.

بنابراین این طور نیست که اجازه بی خاصـیت باشـد؛ اجازه با خاصـیت است منتهی خاصـیتش در آنجا ظاهر است. پس باید به همـان مطلب اول اشـاره کنیم که وقتی از ملک مالک منتقل نشـد، به چه عاملی از ملک مالک خارج شود؟! وقتی خود مالک اجـازه نـداده است، چطور بـا عقـد فضولی از ملـک مالـک خارج شود؟ این مطلب درست است و دیگر احتیاج به این نبود که گفته شود: اجازه در اینجا چکاره است.

صورتِ مشخّص نشدن ذمّه

اگر کسـی یک خروار گندم فروخت و تعیین نکرد که در ذمه ی زید است یا مشـخص نشد که در ذمه زید است یا نه، در این جا طبعاً به ذمه ی شـخص عاقد خواهد آمد، منتهی در این مسـئله اگر شـخص، مدعی شد که معامله را (ثمناً یا مثمناً) به ذمه ی زید انجام داده ام و معامله فضولی بوده است ولی طرف مقابل مطمئن به این مطلب نشد، مقتضای حکم ظاهری چیست؟ آیا به حسب ظـاهر، حکم ظاهری این است که این شـخص بـدهکار است و این یک خروار گنـدمی که مـدعی است در ذمه ی زید است و زید هم قبول نکرده و ما هم احتمال می دهیم که واقعاً به ذمه ی خودش بوده است، به ذمه ی خود شخص می آید؟

ص: ۳۸۵

یا بایـد گفت به حسب واقع هم به ذمه او آمده است و چون زید رد کرده است، به ذمه ی زید نمی آید و طبع قضـیه عبارت از این است که به ذمه ی خود شخص باشد؟

یا اینکه بگوییم: نه واقعاً و نه ظاهراً به ذمه ی خود این شخص هم نمی آید و معامله محکوم به بطلان شده و این عقد کلا عقد می شود.

از علامه (۱) و بعضـی ها نقل شـده است که واقعاً به ذمه ی شـخص می آید، ولی وجهی برای این قول وجود ندارد. زیرا خود شخص ثبوتاً قصـد اشـتغال ذمه نکرده است و این طور نیست که گفته شود: چون برای دیگری ثابت نشـد، پس بر ذمه ی خود شخص واقع می شود. جعلی که شـخص کرده بود که مردود است؛ این اشـتغال ذمه ی خود شـخص به چه جعلی خواهـد بود؟ «ما قُصِد لم یقع و ما وقع لم یُقصد».

غـایه الامر چیزی که می توان گفت، عبارت از این است که چون شاهـدی بر این نیست که بر ذمه ی دیگری باشـد، به حسـب ظاهر بر ذمه ی خود شخص خواهد بود، منتهی برای این ظاهر باید یک قَسَمی خورده شود.

بیع الفضولی و جعل العوض(ثمنا أو مثمنا) فی ذمه الغیر ۹۳/۱۰/۱۴

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: بیع الفضولی و جعل العوض(ثمنا أو مثمنا) فی ذمه الغیر

خلاصه درس: حضـرت اسـتاد در این جلسه به مسـئله ی فضولی نسبت به ذمه ی شخص ثالث و صور مختلف آن در بیان شیخ انصاری پرداخته و برخی از مطالب شیخ را مورد نقد قرار می دهند.

۱- تذکره الفقهاء، علامه حلی، ج ۱۰، ص۱۵.

ادعای فضولی بودن نسبت به ذمه ی شخص دیگر

«إلّا أنّ الطرف الآخر لو لم یصدّقه علی هذا القصد و حلف علی نفی العلم حکم له علی الفضولی» (۱)

مساله: کسـی یک خروار گنـدم به زیـد فروخته است، منتهی مـدعی است که مقصود من این بود که این یک خروار گنـدم بر ذمه ی فلان شخص است، نه بر ذمه ی خودم و معامله فضولی بوده است.

طرف مقابل که این ایجاب را قبول کرده دو گونه برخورد می تواند داشته باشد:

صـورت اول: گـاهی حسن ظنّ به موجِب دارد، حرف بـایع فضولی را قبول می کنـد – و آن کسـی که ادعـا شـده بر ذمه ی او

معامله شده او هم ردّ کرده است – در این صورت طرفین این معامله را باطل می دانند.

صورت دوم: طرف مقابل حرف فضولی را قبول نمی کند. و می گوید: برای من ثابت نیست که تو نیت شخص دیگری را کرده باشی.

حکم مسئله در صورت دوم

صحیح ظاهری: ظاهر این معامله ای که این شخص انجام داده این است که بر ذمه ی خودش باشد، نه بر ذمه ی دیگری. از طرف دیگر، اصاله الصحه هم صحت این معامله را اقتضاء می کند و اگر بخواهیم معامله را صحیح بدانیم، باید بگوییم که بر ذمه ی خود موجِب بوده است نه بر ذمه ی دیگری که معامله را ردّ کرده است. بنابراین، هم ظهور کلام و هم اصاله الصحه اقتضاء می کنند که این معامله فضولی نباشد، منتهی فروشنده (موجِب) مدعی فضولیت است و اصاله الصحه و ظهور هم با کسی است که منکر فضولیت است. قهراً در این صورت اگر نزاعی پیش بیاید، کسی که منکر است، باید نسبت به نفی مورد ادعاء، قسم بخورد. حتی اگر نمی تواند نسبت به نفی مورد ادعاء قسم بخورد، همین مقدار هم که بگوید: برای من چنین چیزی ثابت نیست، این عدم ثبوت برای صحیح بودن معامله کفایت می کند، زیرا اصاله الصحه و ظهور مقتضی صحت معامله است. مشابه این مورد هم وجود دارد و وقتی شخص قسم به نفی العلم می خورد، به این معنی که من یقین ندارم که طرف مقابل (مدعی فضولیت) درست می گوید، اصاله الصحه و ظهور اقتضاء می کند که معامله فضولی نبوده و صحیح باشد. لذا به حسب حکم ظاهری این یک خروار گندم به گردن خود شخصی است که مدعی فضولیت است و خودش باید این یک خروار گندم را بدهد، منتهی با توجه به مدعی بودن او، باید طرف مقابل قسم به نفی العلم بخورد و همین نفی العلم برای اثبات صحت معامله کافی است.

ص: ۳۸۷

۱- المکاسب، الشیخ مرتضی الأنصاری، ج ۳، ص۳۹۱.

صحیح واقعی: کثیری از معاریف علماء حکم به صحت ظاهری این معامله و فضولی نبودن آن کرده اند، ولی از علامه و بعضی های دیگر در باب مضاربه نقل شده است که این معامله را صحیح واقعی دانسته اند، نه ظاهری (۱)

فرمایش علامه عبارت از این است که این معامله واقعاً صحیح است، یعنی چون مثبتی برای مدعای شخص موجب مبنی بر فضولی بودن معامله وجود ندارد و طرف مقابلش هم این ادعاء را رد کرده است، شارع این معامله را حقیقتاً صحیح فرض می کند و این یک خروار گندم را هم به گردن خود موجِب قرار می دهد. این قولی است که به علامه و بعضی های دیگر در بعضی از ابواب نسبت داده شده است، ولی طبق قاعده می گویند درست نیست.

مثال برای عدم صدق معاوضه (فرضِ در ذمه بودن ثمن- طبق مبنای شیخ)

ایشان بعد وارد بعضی از مسائل دیگر می شوند و می فرمایند در معاوضات قرار بر این شد که وقتی یک چیزی از ملک کسی خارج شد، باید عوضش هم به ملک همان شخص داخل شود و اگر داخل در ملک دیگری شد، درست نیست.

بنابراین اگر کسی دو جمله ی متنافی گفت که مقتضایش عبارت از این بود که یک چیزی از ملک یکی خارج شود و عوضش داخل ملک دیگری شود، با این مطلبی که ما نسبت به معاوضات بیان کردیم، منافات خواهد داشت. ایشان دو مثال می زند.

مثال اول: «اشتریت هذا لفلان بدرهم فی ذمّتی»

ص: ۳۸۸

۱- قواعدالاحکام فی معرفه الحلال والحرام، علامه حلی، ج۲، ص۳۶۹ .

طبع قضیه این است که فلان چیز برای زید خریده شود به درهمی که در ذمه ی خود زید است، ولی می گوید: این شیء را برای زید خریدم به درهمی که در گردن من است. این دو جمله متنافی با هم است.

مثال دوم: «اشتریت هذا لنفسی بدرهم فی ذمّه فلان»

این مثال در نقطه مقابل مثال قبل است. در این مثال هم جمع بین متنافیین است که باید حکم آن بررسی شود.

بررسی مثال اول: مرحوم شیخ با تردید دو احتمال ذکر می کند:

احتمال بطلان :مرحوم شیخ می فرماید احتمال است که صورت اول «اشتریت هذا لفلان بدرهم فی ذمّتی» باطل باشد. زیرا اگر در چنین صورتی عوض عین شخصی هم باشد، معامله باطل است، به این جهت که این عوض ملک خود شخص است، ولی می خواهد زید مالک معوض شود و این صحیح نیست و لذا ایشان می فرماید: محتمل است که این موردی هم که ذمه ای است مانند همان جایی که عوض عین شخصی است، محکوم به بطلان باشد.

احتمال صحت: مرحوم شیخ می فرماید در جایی که دو جمله ی متنافی وجود دارد، یکی از این دو را باطل و قسمت دیگر را صحیح بدانیم. یا خریدن این شیء برای زید را باطل بدانیم و کأنّ زید را کالعدم فرض کنیم که قهراً با این فرض، معامله برای خود شخص واقع خواهد شد، یا اینکه قسمت « در ذمه ی من» را کالعدم فرض کنیم که قهراً طبق این فرض، این یک معامله ی فضولی نسبت به زید حساب خواهد شد و اگر زید اجازه داد و امضاء کرد، صحیح خواهد بود. در یک فرض معامله برای زید واقع می شود، در فرض دیگر، برای خود شخص عاقد واقع می شود. ایشان این مسئله را به عنوان تردید ذکر می کنند.

ص: ۳۸۹

اشکال به مرحوم شیخ

به نظر می رسد که وجهی برای این احتمال که یک قسمت را صحیح دانسته و قسمت دیگر را الغاء کنیم، وجود ندارد، مثل خیلی جاهای دیگر که این طور است. مثلاً وقتی یک زن بگوید: من خودم را معقوده ی زید و عمرو کردم، این باطل است و وجهی ندارد که بگوییم برای یکی درست است بله اگر ثبوتا یکی از این دو صحیح بود یا قرعه می کشیدیم و یا احتیاط می کردیم ولی در چنین مواردی که از نظر انشاء هر دو مثل هم است، مرجحی نسبت به ترجیح یکی بر دیگری وجود ندارد و باطل است و خلاصه اینکه مشابهات این مسئله محکوم به بطلان است. البته اگر عرف متعارف دو انشاء بفهمد که یکی بالاصاله باشد و دیگری مبتنی بر صحت اولی باشد، بحث دیگری است که مورد بحث ما از این قبیل نیست.

اگر هم بر فرض قرار شد که یکی از این دو را صحیح بدانیم، معمولاً در مشابهات این مسئله، قسمت آخر را باطل به حساب می آورند مثل جایی که شخص وصایای مختلفی کرده است و مال الوصایه نسبت به همه ی آنها کفایت نمی کند. در چنین موردی می گویند که با توجه به متدرج بودن انشاء، باید قسمت اول را صحیح دانست و قسمت آخری یک مطلب زیادی و باطل است.

بررسی مثال دوم: «اشتریت هذا لنفسی بدرهم فی ذمّه فلان»

مرحوم شیخ: احتمال صحت است به دو بیان:

بیان اول: اگر ما ذمه ی زید را به منزله ی عین مال زید بدانیم، از قبیل مسئله ی سوم فضولی - که قبلاً ذکر شد- خواهد بود که شخص چیزی را فضولتاً با عین مال دیگری برای خودش خریداری می کند و حکمش را هم بیان کردیم که در صورت اجازه ی مالک اصلی، معامله صحیح خواهد بود و برای همان شخص مجیز واقع می شود. در چنین مسئله ای شخص فضولی علاوه بر قصد معاوضه، قصد مالک بودن خودش را هم کرده است که با اجازه ی مالک اصلی، این قصد دوم (مالک بودن فضولی) لغو شده و معامله برای مجیز واقع می شود.

ایشان می فرماینـد که محتمل است که حکم این مسـئله همماننـد جایی باشـد که فضولی بر عین واقع شـده است و با اجازه ی مالـک، این معامله برای مجیز واقع می گردد. منتهی اگر اجازه داد، ذمه اش مشـغول به آن می شود و بایـد در مقابل چیزی که خریداری شده است، آن را پرداخت نماید.

احتمال سقط در عبارت مرحوم شیخ

ایشان یک تعبیری دارد که احتمالاً یک سـقطی در آن واقع شـده است. ایشان می فرمایـد: «لکن بعد تصـحیح المعاوضه بالبناء علی التملّک فی ذمّه الغیر اعتقاداً» (۱) ، ولی در مسئله ای که عوض عین بود، شیخ با اجازه ی مالک اصلی، معامله را دو گونه تصـحیح می کرد: یـک مرتبه شـخص خیـال می کنـد که این عوض مـال خودش است که طبق فرمـایش ایشان این خیال باطل است، ولی چون شـخص اصـل معـاوضه را هم نیت کرده است، معـامله قهراً برای مجیز واقع می شود. گاهی هم چنین اعتقادی ندارد، بلکه بناگذاری می کند که این بناگذاری بی خود و باطل خواهد بود.

در این تعبیر ایشان فقط کلمه ی «اعتقاداً» ذکر شـده است و من احتمال می دهم که یک سـقطی واقع شده باشد، زیرا فرقی بین عین شخصی و ذمه وجود ندارد و به همان نحوی که در آنجا تصحیح می شود، در اینجا هم همانطور تصحیح می شود.

بیان دوم (برای صحت مثال دوم)

احتمال دیگر عبارت از این است که ذمه ی غیر را الغاء کنیم.

اشکال به مرحوم شیخ

ایشـان در این مسـئله اظهـار تردیـد کرده و می فرمایـد که این مسـئله محل تأمل است، ولی ما نمی فهمیم که چه فرقی بین این مسئله و جایی که فضولی نسبت به عین شخصی است، وجود دارد؟! در اینجا هم قصد معاوضه ی حقیقیه شده است، منتهی در صغرای موضوع اشتباهی رخ داده است یا بناگذاری بی خود واقع شده است.

ص: ۳۹۱

۱- المکاسب، الشیخ مرتضی الأنصاری، ج ۳، ص۳۹۲.

خلاصه اینکه شیخ این مسئله را با تردید ذکر کرده است، ولی به نظر ما اگر بحث اصیل بودن به این معنی باشد که شخص معتقد به این است که این ملک متعلق به خود اوست و کاری به معاوضه برای دیگری ندارد، این بحث در جایی هم که فضولی نسبت به عین شخصی است هم مطرح خواهد بود و نمی توانیم در آن مسئله هم در صورت اجازه حکم به صحت کنیم. خلاصه اینکه هر دو مسئله حکم واحد را دارند و فرقی بین این دو نیست.

یک عبارتی هم در تذکره هست که بعضی ها در فهم این عبارت، تلقی اشتباه کرده اند که به آن خواهیم پرداخت.

بیع الفضولی و جعل العوض ثمنا أو مثمنا فی الذمه ۹۳/۱۰/۱۵

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: بیع الفضولی و جعل العوض ثمنا أو مثمنا فی الذمه

خلاصه درس: حضرت استاد در ادامه ی بحث قبلی، نخست فرمایش مرحوم شیخ راجع به دو مثال عقد در امور ذمه ای و احتمالات موجود در آنها را مورد اشاره قرار داده و در ادامه، کلام علامه در تذکره راجع به تفصیلی که در شراء فضولی با ذمه ی غیر مطرح شده را مورد اشاره قرار می دهند.

بررسی کلام مرحوم شیخ

در عباراتی که از مرحوم شیخ خواندیم، برخی ابهامات وجود دارد که قابل مناقشه است و برای ما روشن نیست. ایشان دو مثال را بیان کردند و برای جمع کردن تنافی موجود در آنها، راجع به هر کدام بحث جداگانه ای را مطرح فرمودند.

ص: ۳۹۲

مثال اول: «اشتریت هذا لفلان بدرهم فی ذمتی»

کلام مرحوم شیخ

احتمال اول: بطلان عقد، زیرا این مورد مانند جایی است که شخص با عین مال خودش برای دیگری چیزی بخواهد بخرد. همان طوری که در آنجا عقد باطل است، در اینجا هم که با ذمه ی خودش چیزی را برای دیگری می خرد، باطل است.

احتمال دوم: در جمله دو قید وجود دارد: یکی «لفلانٍ» و دیگری «فی ذمتی». ما می توانیم یکی از این دو قید را الغاء و کالعدم حساب کنیم. مثلاً قید «لفلانٍ» را الغاء کنیم که در این صورت، عقد عبارت از این خواهد بود که: «اشتریت هذا بدرهمٍ فی ذمتی» و چنین عقدی صحیح می باشد، یا اینکه قید «لفلان» را حفظ کنیم، ولی قید «فی ذمتی» را ساقط کرده و بگوییم: «اشتریت هذا لفلانٍ بدرهم» که در این صورت، عقد فضولی می شود و اگر زید بعداً اجازه کرد، معامله صحیح می شود. بنابراین در صورت صحت، گاهی معامله برای خود شخص واقع می شود، گاهی هم معامله فضولی می شود که با اجازه آن شخص تصحیح می شود.

اشکال به مرحوم شیخ در مثال اول

ایشـان در بیان حکم به بطلان فرمود: «لانه فی حکم شـراء للغیر بعین ماله» (۱) ، یعنی این مورد مانند جایی است که شـخص با عین معین بخواهد برای دیگری چیزی را بخرد. کأنّ ایشان چنین صورتی را مسلم البطلان دانسته و بحث را نسبت به عقدی که به ذمه تعلق گرفته، مطرح می نماید. عرض ما این است که چرا ایشان در عین بطلان را مسلم گرفته است؟ وقتی ایشان بعداً می فرماید که می توان بعضـی از قیود را الغاء کرد، چرا این کار را نکنیم؟ البته بحث راجع به درستی یا نادرستی این الغاء موضوع دیگری است، ولی اگر این نحوه الغـاء و اخـذ به بـاقی را پـذیرفتیم، در صورتی که شـخص بـا عین مـال خودش چیزی را برای دیگری خریـده است، همان احتمالی را که در مسـئله ی ذمه ای داده شد و «للغیر» اسـقاط شد، در اینجا هم می شود این قید را الغـاء نموده و بگوییم: انشـاء عبـارت از: «اشتریت هـذا للغیر بـدرهم فی ذمتی» نیست، بلکه عبارت از «اشتریت هـذا بـدرهم فی ذمتی» می باشد که قهراً معامله مال خود من خواهد بود.

ص: ۳۹۳

۱- المکاسب، الشیخ مرتضی الأنصاری، ج ۳، ص ۳۹۲.

و در مثال: «اشتریت هذا لفلانٍ در مقابل این مال شخصی خودم، شما قید «لفلان» را اسقاط می کنید و فقط قسمت: «اشتریت هذا» در مقابل این پول، باقی می ماند که قهراً در این صورت، معامله برای خود انسان واقع می شود. عرض ما این است که چرا ایشان این مطلب را تصویر نکرده و بطلان این فرض را مسلم گرفته است، در حالی که در این صورت هم ما می توانیم قسمتی از انشاء را الغاء نموده و معامله را برای خود شخص صحیح بدانیم.

هم چنین ممکن است با یک فرض این معامله برای غیر واقع شود، به این صورت که در مثال «اشتریت هذا لفلان بدرهم و هو هذا»، قید «هو هذه» را اسقاط کرده و بگوییم که انشاء عبارت از: «اشتریت هذا لفلان بدرهم» می باشد که قهراً این معامله فضولی می شود و با اجازه تصحیح می شود.

بنابراین با الغاء قید، هم ممکن است که معامله فضولی شود و هم ممکن است که برای خود شخص واقع شود، ولی مرحوم شیخ این صورتی را که معامله به عین مال تعلق گرفته است را مسلم البطلان دانسته و این بیان ایشان برای ما روشن نیست.

مثال دوم: «اشتریت هذا لنفسی بدرهم فی ذمه فلان»

کلام مرحوم شیخ« بالبناء علی التملّک فی ذمّه الغیر اعتقاداً »

«یحتمل کونه من قبیل شرائه لنفسه بعین مال الغیر، فیقع للغیر بعد إجازته لکن بعد تصحیح المعاوضه بالبناء علی التملّک فی ذمّه الغیر اعتقاداً » (۱) .مرحوم شیخ می فرماید: همانطور که قبلاً در بحث خرید با مال غیر گذشت، ممکن است بگوییم که شخص هم قصد معاوضه دارد و هم خودش را مالک فرض کرده است و به این جهت که قصد معاوضه کرده است، معامله برای مالک اصلی واقع می شود، و ادعای مالکیت خود شخص لغو می شود. در اینجا هم ممکن است که معامله را فضولی حساب کنیم، مثل آنجایی که عقد به عین مال تعلق گرفته بود و ما معامله را صحیح دانستیم، و فضولتاً برای دیگری واقع می شد. منتهی اگر بخواهیم این معامله را فضولی و برای غیر بدانیم و اینطور تصحیح کنیم، باید بجز قصد معاوضه ای که در عقد وجود دارد، انسان باید یک بناگذاری اعتقادی نسبت به مالک بودن خودش هم داشته باشد و خیال کند که این مال متعلق به خود اوست، قهراً با توجه به اینکه اصل معاوضه بین مالکین است، معامله به صورت فضولی واقع می شود و همان طوری که در صورتی که معامله به عین شخصی تعلق گرفته است، به نحو فضولی برای دیگران واقع می شود، جایی هم که عقد نسبت به ذمه ی دیگری تعلق گرفته، ممکن است همین حکم را داشته باشد. بنابراین همان طوری که در مال شخصی باید شخص مالکیت آن عین شخصی را برای خودش اعتقاداً فرض کرده و خودش را مالک حساب نموده باشد، در این مسئله هم باید اعتقاداً خودش را مالک فرض کند، منتهی این اعتقاد، یک اعتقاد لغو بیهوده ای است و چون قصد معاوضه بوده است، این معامله به صورت فضولی برای مالک اصلی واقع می شود کأنّ من معتقدم که فلان مقدار پول از زید طلب دارم، در حالی که این مطلب درست نیست و واقعاً من از زید چنین طلبی ندارم، ولی با توجه به این اعتقاد، در مقابل این طلب یک چیزی را خریداری می نمایم. در اینجا چون شخص قصد معاوضه بین مالین را کرده است، این معاوضه واقع می شود، ولی با توجه به این که شخصِ عاقد ملکیتی نسبت به این ذمه ندارد، اختیار آن با خود مالک اصلی خواهد بود و قهراً با اجازه ی او معامله تصحیح شده و برای مالک اصلی واقع می شود.

۱- المکاسب، الشیخ مرتضی الأنصاری، ج ۳، ص ۳۹۲.

توجیه عبارت مرحوم شیخ توسط مرحوم شهیدی

در معـامله ای که مربوط به عین بود، دو گونه تصویر شـده بود: یـک قسم این بود که شـخص غاصب است و عـدواناً بر چیزی مسـلط شـده است، قسم دیگر هم موردی بود که غاصب نیست و معتقـد به این شـده است که این مال، مال خودش است. ولی در اینجا فقط به قسم اعتقاد اشاره نموده و مسـئله ی عـدواناً را مطرح نمی فرماید. مرحوم شـهیدی در بیان علت عدم ذکر قسم عدوانی در مسـئله ی ذمه می فرماید که عدوان در صورت تعلق معامله به ذمه درست نیست و لذا مرحوم شیخ این قسم را ذکر نکرده است.

اشکال به مرحوم شهیدی

ولی به نظر ما فرمایش آقای شهیدی تمام نیست و اگر وجه کلام مرحوم شیخ همان وجهی باشد که مرحوم شهیدی ذکر کرده است، قابل مناقشه است، چطور نمی شود عـدواناً را در باب ذمه تصور کرد! چه اشـکالی دارد که زید از کسـی طلبکار باشد و شخص دیگری به زور این طلب را به نام خودش ثبت کنـد و به جای زیـد، او طلبکار شود. همان گونه که غصب و عدوان در عین مال قابل تصور است، نسبت به ذمه هم می توانیم چنین چیزی را تصور کنیم.

اشکال دوم به مرحوم شیخ

در مثال دوم: «اشتریت هـذا لنفسـی بدرهم فی ذمه فلان» ایشان می فرماید: «و یحتمل الصـحّه بإلغاء قید ذمّه الغیر»، یعنی در این مثال «فی ذمه فلان» را اسـقاط نموده و قسـمت اول را که عبارت از: «اشتریت هـذا لنفسـی بـدرهم» می باشد را تثبیت کنیم. در این صورت، معامله برای خود انسان واقع شده و صحیح خواهد بود، نه اینکه فضولی باشد.

ص: ۳۹۵

یک نکته ای که در فرمایش مرحوم شیخ وجود دارد، این است که ایشان در مثال اول فرمود که یکی از دو قید را می توان الغاء کرد. هم می شود «لفلان» را اسقاط کرد و هم «فی ذمتی» را. ولی در مثال دوم می گوید که باید قید اول را حفظ کنیم و قید اخیر را الغاء نماییم، در حالی که این دو با هم فرقی ندارند و در مثال دوم هم می شود قید اول یا قید دوم را الغاء نماییم. مثلاً در عبارت: «اشتریت هذا لنفسی بدرهم فی ذمه فلان»، هم ممکن است که قید اخیر را اسقاط کرده و بگوییم: «اشتریت هذا لنفسی بدرهم » و هم می شود که قید اول را اسقاط کرده و بگوییم: «اشتریت هذا بدرهم فی ذمه فلان» که قهراً در این صورت معامله فضولی خواهد شد.

ما نفهمیدیم چرا مرحوم شیخ بین این دو مورد فرق قائل شده است.

نقل کلام علامه در تذکره

سابقاً عرض کردیم که مسئله فضولی بین امامیه و عامه مورد اختلاف است. در بین عامه هم راجع به این موضوع اختلاف هست، در بین امامیه هم صحت و بطلان فضولی محل اختلاف است. در بین عامه یک تفصیلی راجع به این مسئله وجود دارد که نمی دانم آیا این تفصیل در امامیه هم هست یا نه؟

تفصیل ابوحنیفه در فضولی (تفاوت بیع و شراء)

ابوحنیفه در این مسئله قائل به تفصیل شده و می گوید : بیع فضولی با اجازه تصحیح می شود، ولی شراء فضولی با اجازه تصحیح نمی شود و باطل است. شاید وجه این تفصیل مربوط به روایت عروه بارقی باشد که بعضی ها گفته اند که وقتی حضرت فرمود: «اشتر لی شاهً»، مراد جنس گوسفند بوده و خصوصیتی در خریدن یک گوسفند نبوده و فقط از باب اقل به یک عدد اشاره شده است. مثل اینکه اگر کسی بگوید: یک نان لازم است، و طرف مقابل دو نان بگیرد، خرید دو نان فضولی به حساب نمی آید. شاید ابوحنیفه و بعضی دیگر بر این اساس شراء را در این روایت فضولی ندانسته اند و مرحوم شیخ هم این احتمال را داده و می گوید: «إن وجهنا» شراء را که فضولی نباشد و خصوصیتی در گرفتن یکدانه گوسنفد نبوده است و در نتیجه فقط بیع گوسفند به دیگری فضولی بوده است و لذا ابوحنیفه قائل به تفصیل شده و بیع را صحیح و شراء را باطل می داند. البته ابوحنیفه این مطلب را ادعاء کرده است که در شراء فضولی چه مالک اصلی اجازه بدهد و چه اجازه ندهد، معامله صحیح است و برای خود عاقد واقع می شود و مالک عین خریداری شده خود عاقد می شود، پول را هم باید خود عاقد بدهد.

در تـذکره می فرمایـد: «ثمّ إنّه قـال فی التـذکره: لو اشتری فضولیاً، فإن کان بعین مال الغیر، فالخلاف فی البطلان و الوقف علی الإجازه» (۱) ، اشـاره به همـان اختلاـف است که آیا باطل است یا موقوف هست و با اجازه تصـحیح می شود؟«إلّا أنّ أبا حنیفه قـال: یقع للمشتری بکلّ حال» (۲) ، فقـط ابوحنیفه است که می گویـد: مـا این شـراء را برای فضولی صـحیح می دانیم، و برای مالک اصلی واقع نمی شود و برای او باطل است چه او ردّ کند و چه اجازه دهد، در هر صورت این شراء برای مشتری واقع می شود. این در جایی است که عین معین باشد.

فرمـایش علمای ما در مسـئله ی ذمه ای یک مقـدار شبیه نظر ابوحنیفه است. «و إن کان فی الـذمّه لغیره»، اگر انسان چیزی را با ذمه برای غیر بخرد، طبق فرمایش مرحوم علامه این مسـئله دو صورت دارد: گاهی شـخص در انشاءش تصـریح به این می کند که مثلاً با ذمه ی زیـد چنین چیزی را خریـدم، مثل اینکه بگوید: «اشتریت هذا لفلانٍ بذمه زید»، در این صورت اگر زید اجازه داد، معامله صحیح است و اگر ردّ کرد، باطل می شود.

گاهی هم می گویـد: «اشتریت هذا لزید» ولی نمی گوید فی الذمه الزید و تصـریح به او نمی کند و فی الذمه تعبیر کرده است. در اینجا، اگر زید ردَ کرد، معامله باطل نیست و برای خود مشتری واقع می گردد.

تعبیر ایشان این است: «و إن کان فی الذمّه لغیره و أطلق اللفظ»، یعنی تصریح به ذمه ی زید نشده است، «قال علماؤنا»، این تعبیر ظـاهر در عموم است، «یقف علی الإجـازه»، یعنی موقوف بر اجـازه است و اگر زیـد اجازه داد، برای او واقع می شود، ولی اگر ردّ کرد، معـامله باطـل نیست و برای خود عاقـد- که مشتری است- واقع می شود. بنـابراین این مسـئله متفاوت با مسـئله ی عین شخصـی است که اگر مالک ردّ می کرد، باطل بود. در این مسـئله (ذمه) اگر تصریح به این شده که در ذمه ی چه کسی شراء شـده و او هم ردّ کرده، معـامله باطـل است، ولی در صورتی که مطلق گذاشـته شـده باشـد، حتی در صورت ردّ مالک، معامله برای عاقد واقع می شود.

۱- تذکره الفقهاء، علامه حلی، ج ۱۰، ص۱۵.

۲- تذکره الفقهاء، علامه حلی، ج ۱۰، ص۱۵.

پرسش: نیت کرده؟ پاسخ: بله! نیت کرده است.

«..واطلق اللفظ قال علماؤنا یقف علی الاجازه فإن أجاز صحّ و لزمه أداء الثمن»، آن غیر باید ثمنش را بدهد «و إن ردّ نفذ عن المباشر، و به قال الشافعی فی القدیم و أحمد و إنّما یصحّ الشراء لأنّه تصرّف فی ذمّته لا فی مال غیره و إنّما وقف علی الإجازه لأنّه عقد الشراء له، فإن أجازه لزمه، و إن ردّه لزم من اشتراه، و لا فرق بین أن ینقد من مال الغیر أو لا» (۱) ، فرقی هم نمی کند که این ذمه ای، ذمه ای نقدی باشد یا ذمه ای نسیه ای، بحث کلی است.

وجه اینکه ایشان در صورت اطلاق لفظ قائل به این شده که در صورت ردّ مالک اصلی، شراء برای خود عاقد واقع می شود، شاید عبارت از این باشد که ولو نیت تفصیلی نسبت به ذمه ی غیر شده است، ولی به جهت در نظر گرفتن ذمه ی طولی، در صورت ردّ مالک اصلی، این شراء برای عاقد واقع شده و اشتغال ذمه برای او خواهد بود. ایشان می گوید چون لفظ اطلاق داشته است و بالاخره باید بر یک ذمه ای باشد کأنّ یک ذمه ی طولی تصویر شده است که اگر مالک نپذیرفت، بر ذمه ی خودش خواهد بود. لذا در جواب این سؤال که چرا اگر او ردّ کرد، باید این بپذیرد؟ می گوید: تصرف در ذمه ی خودش کرده است، کأنّ مقتضای اطلاق عبارت از یک ذمه ی طولی است و لذا این طور حکم می شود که در صورت ردّ مالک، باید ثمن را خودش بدهد. این ادعائی است که مطرح شده است و درستی یا نادرستی آن را بعد بررسی می کنیم.

۱- تذکره الفقهاء، علامه حلی، ج ۱۰، ص ۱۵و۱۶.

جعل العوض فی الذمه – جریان فضولی در معاطات ۹۳/۱۰/۱۶

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: جعل العوض فی الذمه – جریان فضولی در معاطات

خلاصه درس: حضرت استاد در ادامه ی بحث جلسه ی قبل راجع به حکم معین نبودن ذمه، فرمایش مرحوم آقای خوئی و نظر خود را در این باره مطرح می فرمایند. و در ادامه، فرمایش مرحوم نائینی را بررسی می کنند. بحث بعدی راجع به جریان فضولی در معاطات است که ادّله ی مخالفین و نظر مرحوم شیخ مطرح می گردد.

فرمایش علامه در تذکره راجع به معین نبودن ذمه

علامه در تذکره فرموده است : اگر کسی به صورت ذمه ای چیزی را بخرد و تعیین نکند که بر ذمه ی خودش یا دیگری، ولی در نیتش ذمه ی دیگری را قصد کرده باشد، در صورت اجازه ی دیگری، این معامله فضولی خواهد بود که با اجازه تصحیح می شود، ولی اگر آن شخص اجازه نداد، علمای ما (ظاهر این تعبیر، اتفاق است) قائل به این هستند که معامله بر ذمه ی خود عاقد می آید.

نظر مرحوم آقای خوئی در مسئله

مرحو م آقای خوئی هم تقریبا همان طور که ما عبارت را معنی کردیم، عبارت را معنی می کنند و به برخی اشکالات در مسئله اشاره می نمایند، منتهی بین عرض ما و فرمایش ایشان یک تفاوتی وجود دارد.

آقای خوئی می فرمایند ما کلام تذکره را حمل بر عقد طولی می کنیم به این معنی که اگر زید قبول کرد، بر ذمه ی او قرار می گیرد و معامله فضولی خواهد بود که با اجازه هم تصحیح می شود، ولی اگر زید قبول نکرد، بر ذمه ی خود عاقد واقع می شود.

ص: ۳۹۹

ایشان در جواب این اشکال که این نوع معامله تعلیق در باب مُنشأت است، این طور جواب می دهند که بطلان تعلیق در مُنشأ به جهت اشکال عقلی نیست، بلکه مشکل بطلان آن به جهت مسئله ی اجماع است. آن طوری که خود شیخ هم ذکر می کند، مورد اجماع محدود به جایی است که صحت یک شیء متوقف بر یک عملی باشد که در این صورت تعلیق درست نیست، ولی در برخی موارد شخص می گوید: اگر این شیء مال من باشد، آن را به تو بخشیدم. طرف مقابل هم قبول کرده و می گوید: این شیء مال شماست. یا گاهی اوقات شخص می گوید: اگر این شیء مال من باشد، به این قیمت به تو فروختم، طرف مقابل هم قبول می کند. در این موارد که صحت شیء متوقف است، تعلیق اشکالی ندارد و اجماعی راجع به این موارد وجود ندارد.

آقای خوئی مسئله را حمل به صورت عقد طولی می فرماید، که طبق این معنی اشکالی بر کلام علامه وارد نخواهد بود، ولی طبق معنای ما می شود به کلام علامه اشکال کرد. علامه می فرماید که مقتضای اطلاق عبارت از این است که این عقد به صورت طولی باشد.

این معنای کلام علامه است ولی به نظر ما چنین چیزی بر خلاف وجدان است، زیرا اگر کسی در عقد مورد خاصی را نیت کرده باشد، نمی توان به صرف عدم تصریح و عدم ذکر قید، این عقد را طولی دانست. در این مورد، دو نیت فرض نشده و عدم ذکر هم کاشف از این نیست که این نیت برای غیر بوده یا برای خود شخص.

ص: ۴۰۰

بنابراین، اگر شخص واقعاً یک چنین طولیتی را قصد کرده، به نظر می رسد که درست باشد ولی جمله ظهور اثباتی ندارد و ثبوتاً هم این طور نیست که گفته شود: اگر شخص نیتی نداشت ولو نیت غیر، این عقد خود به خود برای عاقد واقع شود. برای هیچ کدام از این موارد ملاکی وجود ندارد.

پرسش: آیا نیت ثبوتیه طولیه که انشا نکرده کافی است؟ پاسخ: معنای اطلاق لفظ عبارت از این است که بالأخره اشتغال ذمه ای باشد و اگر آن غیر قبول نکرد، ذمه ی خود عاقد مشغول باشد. عرض ما این است که آیا از ذکر نشدن لفظ - با اینکه عاقد نیت خاص هم کرده است- چنین اطلاقی استفاده می شود یا نه؟ به نظر ما چنین اطلاقی نیست و عرف متعارف چنین چیزی را نمی فهمد.

آقای خوئی می فرمایند که به صورت طولی حمل می کنیم، ولی ما می گوییم ظاهر کلام علامه این است که می گوید: مقتضای اطلاق عبارت از این است و ایشان مقام اثبات را ادعا می کند، ولی آقای خوئی راجع به مقام اثبات بحثی نمی کنند. ظاهر کلام علامه این است که مقام اثبات را ادعاء کرده و می گوید: اقتضای اطلاق یک چنین قضیه ی طولیه است.

پرسش: شاید مثل باب ضمانات مسئولیتش را خودش قبول کرده که اگر طرف راضی نشد، خود او بپردازد؟

پاسخ: نه، معلوم نیست اینطور باشد. شاید نظرش این بوده که اگر آن شخص اجازه داد معامله فضولی و صحیح باشد و اگر اجازه نداد، باطل باشد.

ص: ۴۰۱

فرمایش مرحوم نائینی

آقای نائینی در اینجا یک مطلبی دارد که بنده از عباراتی که آقای خوئی نقل کرده است، می خوانم.

«مقتضی اطلاق العقد و المعامله الصادره من شخص أن العقد له ما لم ینصب قرینه علی صرفه للغیر و هذا نظیر الواجب النفسی و الغیری و العینی و الکفائی حیث ذکرنا فی الاوامر أن ظاهر اطلاق الصیغه الامر تقتضی النفسیه و العینیه و کون الوجوب غیریاً او کفایاً یحتاج الی مؤنه زائده و قرینه تدل علی أن الوجوب غیری أو کفائی و اطلاق العقد ایضا یقتضی وقوعه للعاقد حتی ینصب قرینه علی أنه للغیر و ثانیهما أن المعامله انما تتقوم بالمبادله بین المالین و غیرها من القیود و الاضافات خارجه عن حقیقتها ففی صوره التعارض تقع لغواً لا- محاله و علی هاتین مقدمتین أن الاضافه الی الذمه و الاضافه الی الغیر فی البیع و إن کانت کل واحده منهای قرینه علی صرف البیع الی العاقد فی الصوره الاولی و للغیر فی الثانیه الا انهما لتعارضهما تسقطان فی یقوی فی البین اصل المبادله بین المالین و قد عرفت أن اطلاق العقد یقتضی وقوفها للعاقد و المباشر و بذلک نحکم علی أن البیع وقع للعاقد فقط سواء اجاز الغیر أم ردّه هذا».

آقای نائینی این طور فرموده، ولی آیا در مورد بحث ما، این اطلاق اقتضاء می کند که عقد برای خود شخص واقع شود؟

گاهی طبعاً وقتی شخص می گوید که فلان مطلب را به ذمه خریدم، ظهورش عبارت از این است که مراد از ذمه، ذمه ی خودش است و تردیدی در این مطلب نیست که وقتی قرینه ای ذکر نشد، متفاهم عرفی ذمه ی خود شخص است و اگر بخواهیم ذمه ی دیگری را بفهمیم، باید قرینه ای وجود داشته باشد.

ص: ۴۰۲

ولی در برخی موارد اینطور نیست و ما می دانیم که مهمل اراده شده است و اگر از خود شخص هم بپرسند که این عقد بر ذمه ی چه کسی است؟ باید فکر کند و جواب بدهد و یا گاهی شخص متناقض حرف زده، مقتضای یک قسمت کلامش ذمه ی غیر و مقتضای قسمت دیگر، ذمه ی خود اوست. در این موارد ظهوری وجود ندارد. ظهور در جایی است که ندانیم مقام ثبوت به چه نحو است، ولی در مواردی که می دانیم مقام ثبوت به نحو اهمال است چنین ظهوری وجود ندارد و دلیلی بر مطلب وجود ندارد.

خلاصه ایشان با این مقدمات خواستند اینطور نتیجه گیری کنند که در صورت تنافی، بر ذمه ی خود شخص واقع می شود، ولی فرض عبارت از این است که ثبوتاً به ذمه ی خودش نگرفته و گاهی مهمل است و یک طرف نسبت به طرف دیگر می چربد و شخص نمی خواهد که از مال خودش چیزی بپردازد و خودش را درگیر چنین عقدی بکند. گاهی هم تهیه کردن عوض یا معوض از مال خود شخص مشکل است و لذا ما نمی دانیم چطور می شود این فرمایش را مستدل کرده و موارد دیگری را که ظهور دارد، به این مورد تنافی بکشانیم؟!

جریان فضولی در معاطات مفید ملکیت

بحث دیگر عبارت از این است که اگر معاطات را مفید ملکیت بدانیم، آیا فضولی در معاطات هم جاری خواهد بود یا نه؟

فرمایش مرحوم شیخ

مرحوم شیخ می فرماید مقتضای اطلاق «أوفوا بالعقود» و سایر ادله عبارت از این است که فرقی بین معاملات بالصیغه و معاملات بالفعل نیست. مؤید این مطلب هم روایت عروه ی بارقی است که متعارفاً اشخاص در معاملات صیغه جاری نمی کنند و خرید و فروش را به صورت معاطاتی انجام می دهند که در این روایت حکم به صحت بیع شده است. (البته بنا بر اینکه دلیلش تمام باشد).

ص: ۴۰۳

ادله ی مخالفین

ولی بعضی ها مخالفت کرده و می گویند: ما اگر هم در بیع بالصیغه فضولی را جاری بدانیم، ولی در بیع فعلی، فضولی جاری نیست، زیرا در فضولی قبض و اقباض خلاف شرع است و صرفاً عقدی را جاری می کنند بدون اینکه قبض و اقباضی شده باشد و بعد هم در صورت اجازه ملکیت حاصل می شود.

خلاصه اینکه قبض و اقباض در فضولی خلاف شرع است. از طرف دیگر، نهی هم مقتضی فساد است، پس قهراً نقل و انتقالی واقع نمی شود.

جواب های مرحوم شیخ به مخالفین

جواب اول: ممکن است بیع معاطاتی باشد، ولی شراءش معاطاتی نباشد و طرف در ذمه خودش می خرد. بنابراین شخص در ایجابی که اعطاء می کند، معاطاتی اعطاء می کند، ولی طرف مقابل در ذمه ی خودش یک چیزی را می خرد. قهراً این دلیلی را که مخالفین ذکر کردند مبنی بر اینکه قبض و اقباض حرام است و نهی مقتضی فساد می باشد، شامل این صورت نمی شود و نمی توان به وسیله ی این دلیل، این مورد را ابطال کرد، و دلیل اخصّ از مدعاست.

جواب دوم : اگر علم به رضا را کافی دانسته و بگوییم: هر چند فضولیتی در کار هست، ولی با علم به رضا، قبض و اقباض جایز است، ولی برای حصول ملکیت باید مالک اجازه بدهد و بدون اجازه ی او ملکیت حاصل نمی شود.

جواب سوم: نهی در مواردی مقتضی فساد است که به حسب تفاهم عرفی، ارشاد به بطلان باشد و مولویّتی در کار نباشد. و نفس بعت و اشتریت بماهو هیچ حرمتی ندارند، بلکه مقدمه برای ترتیب اثر خارج هستند. در اینگونه موارد اگر نهیی شد، معنایش عبارت از این است که ترتیب اثر خارجی ندهید و به عبارت دیگر این عقد باطل خواهد بود. ولی گاهی خود عقد مبغوض شرع است و آن چیزی که به وسیله ی عقد حاصل می شود، خلاف شرع است و ظهور در ارشاد هم نیست و مولویاً یک چیزی مانند قبض و اقباض مورد نهی قرار گرفته است، چون تصرف در ملک غیر است. (البته فرض ما در صورتی است که قبض و اقباض بدون رضایت باشد) پس بنابراین در این موارد ارشادی به بطلان نیست و ملازمه ی عقلی هم بین این نهی و بطلان معامله و عدم نقل و انتقال وجود ندارد. خلاصه اینکه نه ظهور لفظی داریم و نه عقل اقتضاء می کند که نقل و انتقالی واقع نشود.

البته اگر تصرفات بعد از نقل و انتقال مبغوض شارع باشد، چنین چیزی ملازمه با بطلان عقد دارد، ولی اگر شارع نمی خواهد که دیگری مالک قرار داده شود و ما خلاف شرع کرده و او را مالک قرار دادیم، باید آثار مالکیت برای او بار شود. بنابراین اگر ملکیت شرعیه ممنوع شد، حتماً دلیل بر صحت است، ولی اگر ملکیت عرفیه ممنوع شد، اعم از صحت و فساد خواهد بود. پس بنابراین نهی مولوی هیچ گونه ظهوری در بطلان عقد ندارد.

جریان معاطات در فضولی ۹۳/۱۰/۱۷

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: جریان معاطات در فضولی

خلاصه درس: حضرت استاد در ابتدای این جلسه نظر شیخ راجع به لزوم جابجایی مبیع و ثمن بین طرفین در معاوضه را ذکر نموده و نظر ایشان را رد می نمایند. بحث بعدی راجع به صحت معاطات در فضولی است که نخست اشکال اول در صحت این معامله و سپس جواب شیخ مطرح می گردد. در ادامه، اشکال دوم بر صحت معاطات در فضولی مورد اشاره قرار گرفته و نظر ابوحنیفه و رد استاد بر آن ذکر می گردد. حضرت استاد همچنین جواب های آقای خوئی بر اشکال دوم (دلالت نهی بر بطلان) را ذکر نموده و این جواب ایشان را رد می نمایند.

معنای معاوضه در بیع و شرا

در بحث های قبل راجع به این مطلب صحبت شد، الان هم مقداری به این مسئله می پردازیم که آیا در بیع و شراء و معاوضات وقتی چیزی از ملک کسی خارج شد، عوض هم باید در ملک همان شخص داخل شود؟ و در غیر این صورت، آیا معامله باطل است؟ اگر چنین چیزی را در معاوضات شرط بدانیم، در صورتی که من پولی به فروشنده بدهم و چیزی را برای فرزندم بخرم، باید اول خودم مالک بشوم و بعد ملک خودم را به فرزندم تملیک بکنم.

ص: ۴۰۵

طبق عرائضی که ما سابقاً فی الجمله به آن اشاره کردیم، دلیلی بر بطلان معامله ای که فاقد این شرط باشد، نداریم و آنچه که فی الجمله در بیع و معاوضه معتبر است، عبارت از این است که وقتی چیزی از ملک کسی خارج شد، یک چیزی جایگزین آن بشود و لزومی ندارد دخول و خروج نسبت به طرفین معامله باشد. مثلاً اگر من از دکان دار برای فرزندم چیزی بخرم، آن عین خریداری شده از ملک بایع خارج و پول به ملک او داخل می شود؛ و در طرف دیگر پول از ملک من خارج می شود منتهی، عین داخل در ملک من نمی شود بلکه داخل در ملک فرزندم می شود. یعنی در یک طرف خروج و دخول هست و در یک طرف نیست این را عرف اشکال نمی کند و معاوضه و مبادله هم می داند. اما از طرفین باید دخول و خروج باشد این لازم نیست یک طرف باشد کافی است.

اگر هم به فرض چنین چیزی در معاوضه معتبر باشد، آن طوری که علامه حلی و مرحوم شیخ قائل هستند این بحث، یک

بحث عقلی نیست، بلکه یـک بحث لفظی و لغوی است که معنـای بعت و اشتریت چیست؟ بنـابراین، تعبیر به «لایعقل» در اینجا تعبیر منـاسبی نیست، زیرا این بحث، یک بحث ریاضـی نیست که برهان عقلی بر خلاف چنین چیزی قائم باشـد، بلکه این یک بحث لغوی است و به نظر هم می رسد که چنین قید و شرطی در کار نباشد.

ص: ۴۰۶

حال اگر هم چنین قیدی را در بیع و شراء معتبر دانستیم که اگر چیزی از ملک شخصی خارج شد، شیء دیگر هم باید به ملک همان شخص داخل شود، چه اشکالی دارد که بگوییم: در این گونه موارد که برای پسرش چیزی می خرد، لفظ بیع و اشتراء به غلط استعمال شده و لغتاً به این موارد بیع صدق نمی کند و در نتیجه به جهت فقدان این قید، احکام بیع بار نمی شود، ولی چه مانعی دارد که این معامله را صحیح بدانیم و پول از ملک من خارج شده و بچه هم مالک عین خریداری شده بشود. این معاوضه صحیح است، منتهی نه به عنوان بیع و احکام بیع هم بر آن بار نمی شود و خودش برأسه معاوضه می باشد. عموماتی مانند «أوفوا بالعقود» [(۱)] و «المؤمنون عند شروطهم» [(۲)] و «تجاره عن تراض» [(۳)] و امثال اینها هم مصحح این معاوضه هستند. اگر هم از بعضی جهات به این عمومات اشکال کنیم، بنای عقلاء بر صحت این موارد است و رادعی هم نسبت به صحت این نوع موارد وجود ندارد. قهراً چیزهایی که از جهت عقلائی صحیح باشد و رادعی هم در کار نباشد، مورد امضاء شرع است و ما هم حکم به صحت آن می کنیم.

اشکالات صحت معاطاه فضولی

اشکال اول: عدم جواز اعطاء و اقباض قبل از اجازه

یکی از اشکالاتی که بر صحت معاطاه فضولی شده، عبارت از این است که در عقد فضولی، بعد از اجازه ی مجیز (مالک اصلی) عقد صحیح است، و قبل از اجازه، إعطا جایز نیست. امّا شخص بخواهد با معاطاه معامله کند یعنی هم عقد واقع شود و هم اعطاء واقع شود هنوز هم او اجازه نداده، این جایز نیست. در فضولی علی القول بالجواز به این مطلب تصریح شده که قبل از اجازه، اعطاء و اخذ جایز نیست. انشاء خفیف المؤنه است ولی تصرفات تکوینی و اعطاء و اخذ محتاج به اجازه است و فرض این است که از مالک اصلی اجازه گرفته نشده است.

۱- مائده/سوره۵، آیه۱.

۲- تهذیب الأحکام، الشیخ الطوسی، ج ۷، ص ۳۷۱.

۳- نساء/سوره۴، آیه۲۹.

جواب از اشکال

یـک جواب سـاده این است که مراد از عـدم جواز اقباض در فضولی، عـدم جواز اقباض فی نفسه است. انسان بر ملک دیگری مسـلط نیست ولی به انشاء، مسـلط است می توانـد انشاء کنـد چون خفیف المؤنه است اما نسـبت به تصـرف تکوینی ذاتاً مجاز نیست. ولی لازمه ی مجـاز نبودن عبـارت از این نیست که هیـچ وقت مجـاز نباشـد، بلکه با اجازه و یا ما یقوم مقام الاذن مجاز خواهد بود.

به عبارت دیگر، هنوز از ناحیه ی مالک اصـلی إذنی صادر نشـده است تا در نتیجه بیع و شـراء صـحیح باشـد و ملکیتی حاصـل گردد، ولی عدم عدم حصول اذن از ناحیه مالک نسـبت به بیع، ملازمه با عدم اذن نسبت به تصرف تکوینی خارجی و اعطاء و اقباض ندارد.

بنـابراین اگر بخواهیم فضولی را در بـاب معاطـاه جاری کرده و بگوییم که خلاف شـرعی واقع نشـده است، در جایی است که انسان رضایت مالک اصـلی نسبت به اعطاء را احراز کرده باشد، حال یا از اول مجاز بوده است و یا مانند خیلی از موارد، خود انسان چنین چیزی را احراز می نماید.

در باب روایت عروه ی بارقی شـیخ به این مطلب اشاره کرده که ممکن است عین مال برای مدت کوتاهی پیش کسـی باشد تا شخص برود و از مالکش نسبت به بیع اجازه بگیرد و در خیلی از مواقع، اشـخاص به این مقدار زمان راضی اند و مالک هم به این تصرفات جزئی راضی است و لازم نیست که مالک قبلًا اجازه داده باشد.

خلاصه وقوع چنین معامله ی معاطاتی ملازمه با این ندارد که شخص خلاف شرعی کرده باشد.

پرسش: ممکن است از جهت دیگر هم به عنوان ثانوی مجاز باشد مثلا برای حفظش باید به او داده شود؟ پاسخ: به هر حال یا قبلاً۔ اجازه داده و یا علم به رضا داریم و یا به عناوین دیگری این اعطاء و اقباض جایز شده است و فقط ملکیت شخص حالت منتظره دارد.

اشکال دوم: دلالت نهی بر فساد

مطلب دیگری که آقای خوئی هم اشاره کرده این است که در معاملاتی که می گویند منهی است و چون منهی است، باطل است، بیانش این است که نهی در معاملاتی که جنبه ی مولوی نداشته بلکه ارشادی باشد، طبق تفاهم عرفی ناظر به نفس بعت و اشتریت نیست، بلکه منظور از این نهی، نهی از تصرفات خارجی خواهد بود، زیرا بعت و اشتریت جنبه ی مقدمیت برای تصرفات خارجی دارد. و در مواردی که نهی به حسب متعارف مقدمیت نسبت به تصرفات خارجی و ترتیب اثر دادن دارد، این نهی عبارةٌ اخری از بطلان است. و ارشاد به بطلان است به این معنی که شما نباید ترتیب اثر بدهید و چنین عقدی باطل است.

اما در صورتی که نفس بعت و اشتریت و لفظ شان مورد نهی قرار گرفته باشد یا عملی از اعمال مبغوض شرع باشد و نفس خود معامله و عقد مبغوض شارع است نه ترتیب اثر دادن و تصرفات خارجی، در این موارد که نهی مولوی به خود عقد یا یک فعلی تعلق گرفته است، نتیجه اش عبارت از این است که شخص با انجام این عقد یا این کار، خلاف شرع کرده است، ولی آیا این خلاف شرع برای حکم وضعی بطلان و عدم نقل و انتقال هم می شود یا نه؟

نظر ابوحنیفه

ابوحنیفه مدعی این مطلب است که اگر چیزی مورد نهی قرار گرفت، این نهی دلیل بر صحت آن است، زیرا احکام تکلیفیه مانند حرمت، وجوب، اباحه، استحباب و .. به یک امر مقدور که قابلیت تحقق خارجی داشته باشد، تعلق می گیرد. بنابراین اگر شارع بگوید که فلان معامله مبغوض من است، لازمه ی این نهی عبارت از این است که این معامله وجود خارجی دارد و لازمه ی نواهی مولوی، عبارت از صحت معامله است نه بطلان آن.

رد ادعای ابوحنیفه

البته ما این ادعای ابوحنیفه را قبول نمی کنیم، زیرا اگر عقد صحیح، منهی و مبغوض شارع باشد، لازمه اش عبارت از این است که این عقد صحیح واقع می شود و به نتیجه اش هم ترتیب آثار داده می شود، منتهی انجام این عقد صحیح، خلاف شرع است ولی ما می گوییم در مواردی که نهی به عقدهای عرفی تعلق می گیرد، یعنی مبغوض شرع است که در این صورت ممکن است نهی دلالت بر بطلان معامله هم داشته باشد مثل بیع ربوی که عرفاً هم بیع است، ولی در این نوع معاملات، علاوه بر اینکه نفس العقد مبغوض است، ملکیت هم حاصل نمی شود و ترتیب اثر داده نمی شود. چنین چیزی اشکال عقلی هم ندارد.

خلاصه اینکه اگر نهی، نهی مولوی هم باشد، در یک فرضی دلیل بر صحت معامله است، ولی در یک فرضی اعم از صحت و بطلان است و ممکن است نسبت به این مبغوض ترتیب اثر هم داده شود، ممکن هم هست که ترتیب اثر داده نشود.

ص: ۴۱۰

جواب های آقای خوئی به اشکال دلالت نهی بر بطلان

آقای خوئی پنج جواب به اشکال کسانی که نتیجه ی نهی را بطلان دانسته اند، بیان کرده است، ولی بعضی از جواب های ایشان مبتنی بر مبنای خود ایشان است که در جاهای دیگر مورد بحث قرار گرفته است.

جواب اول: دلیل اخصّ از مدعی است. (البته خیلی از بیانات ایشان برگشت به همین مطلب دارد که دلیل اخص از مدعاست). طبق فرمایش ایشان، ادله یِ نهی بعضی از موارد تصرف در مال را نگرفته است مانند تصرف شخص جاهل، غافل یا ناسی.

معمولاً آقایان می گویند که جاهل و عالم و غافل و ناسی، همه در احکام اولیه ی واقعیه مشترک اند، برخلاف موضوعات که این طور نیست. و در صورت غفلت از حکم یا جهل به حکم یا نسیان، حکم واقعی ثابت است، منتهی در صورتی که شخص مقصر نباشد و قاصر باشد، تنجیزی در کار نیست. آقای خوئی مدعی اند که در جاهل مرکب، یا غافل یا ناسی اصلاً حکم واقعی نیست، برخلاف دیگران که فقط در جهل به موضوع قائل به این مطلب هستند، نه در احکام کلی شرعی. بنابراین اشکالی ندارد که بگوییم: مثلاً معلوم العالمیه واجب الاحترام است یا احترام به معلوم العداله واجب است. دیگران هم قائل به این مطلب هستند و اشکال ندارد که علم در موضوع اخذ شده باشد و اگر انسان به موردی علم نداشته باشد، اصلاً حکم واقعی نباشد.

مثلاً شرط جواز فتوی دادن و جواز بجا آوردن قضا، عبارت از این است که انسان علم داشته باشد، ولی نسبت به احکام کلی واقعی اینطور نیست و به نحو اقتضاء یا به هر نحو دیگری که در جمع بین حکم ظاهری و واقعی بیان شده است، حکم واقعی هم برای جاهل مرکب و هم برای جاهل بسیط و هم برای غافل ثابت است.

آقای خوئی ادله ی اشتراک احکام را تمام نمی داند و اعتقادش بر این است که همه ی احکام مخصوص برای اشخاصی است که جاهل و غافل و ناسی نباشند، زیرا در جایی که انسان غافل یا ناسی یا جاهل است، رعایت حکم برایش مقدور نیست و لذا می فرمایند که اصلاً احکام واقعیه در این موارد ثابت نیست.

بعد هم می فرمایند: با توجه به عدم ثبوت احکام واقعی در این موارد، وقتی شخص با علم به اینکه این مال متعلق به خود اوست، معامله ی معاطاتی انجام داد، اشکالی ندارد، یا اگر ناسی یا غافل بود، باز هم این اشکال (دلالت نهی بر فساد و بطلان معامله) برای ابطال فضولی معاطاتی وارد نخواهد بود.

ردّ جواب اولِ مرحوم آقای خوئی

این مطلب را معمولاً ـ آقایان قبول ندارند و ما هم موافق با آن نیستیم، زیرا با تناسبات حکم و موضوع معمولاً در اشیای دیگر انسان می فهمد که مرحله ی اقتضائی حکم حتی در صورت شک هم وجود دارد و در ثبوت احکام به نحو اقتضاء بین جهل مرکب و جهل بسیط و... هیچ فرقی وجود ندارد و حکم در تمام موارد ثابت است.

ایشان می گوید: اولاً نهی در کار نیست، «نفرض الکلام فیما إذا لم یکن التصرّف فی المال منهیّاً عنه، و هذا کما إذا اعتقد أنّ المال ملکه فأقبضه و اشتری به شیئاً فإنّه لا حرمه فی التصرف واقعاً کما فی سائر موارد الجهل المرکّب و الغفله والنسیان». (۱) این مطلب را ایشان منکراند.

۱- التنقیح فی شرح المکاسب (مکاسب البیع)، آیت اللّه خوئی (ره) ج ۱، ص۴۳۱.

جواب دوم مرحوم آقای خوئی

ثانیاً ایشان می فرمایند: ما موردی را فرض می کنیم که مالک اجازه داده است که من این شیء را به دیگری بدهم، یعنی اذنی از مالک برای فروش ندارم، ولی مثلاً یک کتابی را از مالک امانت گرفته ام و اجازه هم دارم که این کتاب را به رفقای خودم هم به طور موقت امانت بدهم. گاهی شخص از ناحیه ی مالک اصلی نسبت به این گونه تصرفات اذن دارد، ولی اذنی برای فروش کتاب داده نشده و فروش کتاب فضولی است و احتیاج به اجازه ی لاحق دارد. بنابراین در این صورت نفس معامله ی معاطاتی این کتاب و قرار دادنش در اختیار دیگری خلاف شرع نیست، منتهی بدون اجازه ی مالک اثری ندارد و باید اجازه ی مالک ثابت بشود.

ایشان می فرمایند ما در اینجا موردی را فرض می کنیم که اجازه ای در کار هست یا اگر هم اذن و اجازه ی قبلی در کار نباشد که انشائی شده باشد، ولی اینکه برای چند دقیقه عین مال در دست شخص باشد تا برود و از مالک استجازه برای ملکیت بکند، طرف راضی به این مطلب باشد، همین برای حل مشکل حرمت عمل کفایت می کند.

آقای خوئی می فرمایند: (شیخ هم به این مطلب اشاره کرده است) شخص هم به مالکیت طرف راضی است و هم به اقباض راضی است، ولی باید ببینیم که شرع مقدس این رضایت را برای حصول ملکیت کافی می داند یا نه؟

ایشان این قید را بیان کرده است که تصور معاطاتی در فضولی مبتنی بر این مسئله ی اختلافی است که علم به رضا معامله را از فضولیت بیرون می برد یا نه.

ص: ۴۱۳

شیخ هم این قید را بیان کرده است، ولی نیازی نبود که این مطلب را مبتنی بر یک مسئله ی اختلافی بکنیم که آیا علم به رضا در حصول ملکیت کافی است یا نه، زیرا یقیناً علم به رضایت نسبت به اقباض در ملکیت کفایت نمی کند و اگر هم اختلافی وجود داشته باشد، راجع به این است که رضایت نسبت به اصل معامله است نه رضایت به اقباض. خلاصه اینکه نیاز به بیان این قید اختلافی نبود و رضایت به اقباض هم یقیناً کفایت در حصول ملکیت نمی کند. پس بنابراین، قطعاً این معامله فضولی است و قطعاً هم خلاف شرعی در کار نیست.

خلاصه اینکه، آقای خوئی و شیخ در مثالی که می زنند، مثال را مبتنی بر یک مسئله خلافی می کنند، ولی عرض ما این است که نیازی به این قید نیست. تعبیر ایشان این است: «یمکن أن یکون المالک راضیاً بالبیع و القبض فلا یکون التصرف فیه حراماً». منتهی به این مطلب هم اشاره می کند که این مسئله مبتنی بر این است که علم به رضا را کافی در ملکیت ندانیم و این مورد از فضولی بودن خارج نشود. پس بنابراین، بالأخره در اصل مسئله تردیدی نیست.

الإجازه کاشفه أم ناقله ۹۳/۱۰/۲۰

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: الإجازه کاشفه أم ناقله

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه به موضوع ناقلیت یا کاشفیت اجازه و ادله ی هر یک از دو قول می پردازند. ایشان نخست به ادله ی قائلین به کشف پرداخته و دلیل محقق ثانی و شهید ثانی را بیان می فرمایند. استاد معظم نظر مرحوم شیخ راجع به این دلیل را بیان نموده و در ادامه هم تقریب میرزای رشتی راجع به این دلیل و بیان اقسام رضایت می پردازند. سپس اشکال مرحوم شیخ بر تقریب میرزای رشتی مطرح گردیده و در ادامه کلام شهید ثانی مورد نقد و بررسی قرار می گیرد.

ص: ۴۱۴

عبارت مرحوم شیخ

«فقد اختلف القائلون بصحّه الفضولی بعد اتّفاقهم علی توقّفها علی الإجازه، فی کونها کاشفه بمعنی أنّه یحکم بعد الإجازه بحصول آثار العقد من حین وقوعه حتّی کأنّ الإجازه وقعت مقارنه للعقد، أو ناقله بمعنی ترتّب آثار العقد من حینها حتّی کأنّ العقد وقع حال الإجازه.» (۱) مرحوم شیخ می فرماید: بعد از اینکه اصحاب اتفاق دارند که بیع فضولی بدون اجازه صحیح نیست، نسبت به این مطلب اختلاف دارند که آیا اجازه کاشف از این است که از زمان عقد ملکیت و معامله واقع شده است، یا اینکه اجازه ناقل است و از زمان اجازه معامله واقع می شود؟

«بعد اتفاقهم علی اشتراط الاجازه»

این عبارت مرحوم شیخ خالی از تسامح نیست، زیرا شرط بودن اجازه مورد اتفاق نیست و حتی خود مرحوم شیخ هم با توجه به بیاناتی که داشت، مایل به این نظر بود که نفس رضایت هم برای لزوم معامله کفایت می کند. و اگر کسی باطناً رضایت

فعلیه داشته باشد، تا مادامی که انشاء اذن نکرده باشد، اجازه صدق نمی کند. لذا این تعبیر ایشان خالی از تسامح نیست، منتهی در خیلی از موارد، عرف تعبیر از کاشف می کند، ولی خصوصیتی در کاشف نیست و مرادش منکشف است؛ در اینجا هم مراد از شرط بودن اجازه، اعم از این است که به نحو موضوعیت باشد یا به نحو طریقیت. و اگر مرحوم شیخ اینطور تعبیر می کرد که «بعد اتفاقهم علی الرضایه أو الاجازه» یا اینکه می فرمود: «بعد اتفاقهم علی اشتراط الرضا» بهتر بود.

ص: ۴۱۵

۱- کتاب المکاسب، للشیخ الأنصاری، ج ۳، ص۳۹۹، ط الحدیثه.

ادّله ی قائلین به کاشفیت اجازه

اکثر علماء قائل به کاشـفیت شده اند. در مقابل، یک اقلیتی هم قائل به نقل اند. برای قول به کاشـفیت اجازه، ادله ای ذکر شده است:

آیه شریفه «أوفوا بالعقود» (۱)

«فالأکثر علی الأوّل، و استدلّ علیه کما عن جامع المقاصد و الروضه بأنّ العقد سبب تامّ فی الملک؛ لعموم قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ». در خیلی از موارد، بیانات شهید ثانی مُتَّخَذ و متأثر از کلام محقق ثانی است. این دو بزرگوار در استدلال به کاشفیت اجازه می فرمایند : آیه «أوفوا بالعقود» ملاک برای وفا را عقد قرار داده است و کأنّ در این آیه، عقد علت تامه برای وفا قرار داده شده است. اقتضاءِ علت تامه بودن عقد برای وفا هم عبارت از این است که دیگر حالت زمانی برای نفوذ عقد مطرح نیست و اینطور نیست که قبل از رسیدن زمان اجازه، عقد واقع نشود و نفوذی نداشته باشد. بنابراین، بعد از اینکه نسبت به شرط بودن اجازه اتفاق نظر وجود دارد، دیگر حالت منتظره ای برای نفوذ عقد نداریم، منتهی اجازه ی بعدی کاشف از این است که در همان زمانی که عقد واقع شده، ملکیت و معامله هم واقع شده است. البته تعبیر این دو بزرگوار عبارت از این است که طبق این آیه ی شریفه، مازاد بر عقد، چیزی دیگری معتبر نیست و اگر بخواهیم چیز دیگری را معتبر بدانیم، بر خلاف ظاهر آیه خواهد بود که فقط عقد را ملاک در وفا دانسته است.

۱- مائده/سوره۵، آیه۱.

نظرمرحوم شیخ راجع به این دلیل

« و یرد علی الوجه الأوّل: أنّه إن أُرید بکون العقد سبباً تاماً کونه علّه تامّه للنقل إذا صدر عن رضا المالک، فهو مسلّم» مرحوم شیخ در بیان مراد این دو محقق و دو عَلَم، به طور احتمال یک مراد را نقل کرده و ابطال می نماید، ولی احتمال دوم را مورد بحث قرار نمی دهد. در صورتی که معمول و متعارف در چنین مواردی این است که وقتی به یک شق اشاره می شود، شق دوم هم مورد اشاره قرار بگیرد. شاید علت اینکه مرحوم شیخ وجه دوم را ذکر نکرده، وضوح بطلان آن باشد.

ایشان می فرماید: یک احتمال عبارت از این است که اجازه را کاشف از این بدانیم که از اول عقد رضایتی نسبت به این معامله بوده است، ولی بعد از ذکر این احتمال، هیچ اشاره ای به احتمال دوم نمی کند، زیرا احتمال دوم که عبارت از ظاهر ابتدائی است، بیّن البطلان است و جایی برای بحث ندارد. کلام شیخ در توجیه کلام این دو بزرگوار را با بیانی که از میرزای رشتی نقل شده است ما بیان می کنیم و گویا میرزای رشتی این کلام را تمام دانسته است البته شیخ این کلامی که میرزا تمام دانسته را ردّ می کند.

تقریب میرزای رشتی راجع به این دلیل

اقسام رضایت (فعلی- تقدیری)

تقریب میرزای رشتی عبارت از این است که کأنّ در معاملات رضا معتبر است. (البته مرحوم شیخ انصاری هم قبلاً تمایل به این نظر پیدا کرده بود که رضا معتبر است و اجازه به عنوان کاشفیت است نه به عنوان موضوعیت) رضایت هم دو گونه است: رضایت فعلی و تقدیری

رضایت فعلی: وقتی عقد انجام می شود، شخص متوجه عقد بوده و نسبت به آن رضایت دارد.

رضایت تقدیری: رضایت تقدیری دو قسم است:

رضایت تقـدیری قریب به فعلیت: گاهی توجه و رضایت فعلی نسـبت به عقـد وجود ندارد، ولی اگر به مالک بگویند که چنین عقـدی انجـام می شود، ابراز رضـایت کرده و می گویـد: اشـکالی نـدارد. در این صورت غیر از تصور، دیگر حالت منتظره ای برای رضایت در کار نیست و همین که تصور حاصل شود، رضایت هم به دنبالش خواهد آمد.

رضایت تقـدیری بعیـد از فعلیت: گاهی اگر به شـخص بگوینـد که عقـدی انجام شـده، باید نسـبت به تمام جهاتش فکر کند و مصلحت آن را بسنجد و بعد راضی شود. در این قسم تصور تنها کفایت نمی کند و نیاز به تأمل و فکر دارد.

آقایان نوع دوم رضایت تقـدیری را برای تصـرف در ملک دیگری کافی نمی داننـد، ولی اگر غیر از تصور هیـچ حالت منتظره ای برای رضایت مالک وجود نداشـته باشد، طبق بنای عقلاء چنین رضایتی کفایت می کند. مثلاً یکی از رفقای شـما که خیلی به او علاقه دارید در وسایل شـما تصرف کند و شما هم تصوری نسبت به فعل او ندارید تا رضایت فعلی نسبت به کار او داشته باشید، ولی بلااشکال این کار او هر چند بدون اذن شما بوده است، تعدی و ظلم نسبت به شما نخواهد بود و همه ی عقلاء این کار او را با اینکه بـدون اذن بوده است، صـحیح و جایز می دانند. علت صـحت این است که اگر به شـما بگویند: رفیق شـما از وسایل شما استفاده کرده، خوشحال می شوید و همین برای صحت عمل او کافی است. میرزای رشتی این طور تقریب نموده و گویا خودش هم قبول کرده است که این تقریب، مطلب درستی است.

ص: ۴۱۸

طبق این تقریب، اگر بعداً به مالک بگویند که فلان معامله واقع شده و او هم اجازه دهد، کأنّ این اجازه کاشف از این است که قبلاً هر چند رضایت به نحو فعلیت نبوده، ولی به نحو تقدیری بوده است و همین در معاملات کفایت می کند و بنابراین از اجازه کشف می کنیم که از اول چنین نقل و انتقال و معامله ای واقع شده است.

اشکال بر فرمایش میرزای رشتی

یک قسمت از اشکالی که به فرمایش ایشان وارد است، روشن است و یک قسمتش هم مبنایی است.

و اما کفایت رضایت تقدیری قریب به فعلیت، نسبت به تصرفات غیر معاوضی و غیر تملیکی، مانند اباحه ی تصرف، بلااشکال است، ولی در حصول ملکیت، حتی رضایت فعلی هم کافی نیست، چه برسد به رضایت تقدیری. البته در اباحه ی تصرف، هم رضایت فعلی و هم رضایت تقدیری قریب به فعلیت کفایت می کند، ولی بحث ما در اینجا راجع به این است که عقد از فضولیت خارج شده و نقل و انتقالی و ملکیتی حاصل شود و در چنین موردی رضایت فعلی یا تقدیری کفایت نمی کند. البته این بحث اختلافی است که مرحوم شیخ مایل به کفایت شده، ولی به نظر ما چنین رضایتی در حصول ملکیت کفایت نمی کند.

عرض دیگر ما این است که اگر هم چنین رضایتی کافی باشد، باز هم باید به این نکته توجه داشت که خواسته ها و تشخیص های افراد از اول ولادت تا لحظه ی مرگ یک جور نیست. علوم بشر تدریجی است و به مرور زمان حاصل می شود و در خیلی از موارد باید به صورت تدریجی و با مشاوره تصمیم گیری کرد و با توجه به اینکه بسیاری از موارد به صورت تدریجی برای انسان حاصل می شود، چگونه می توان گفت که رضایت و اجازه ی الان، کاشف از این است که این امر تدریجی از اول بوده است. ملازمه ای بین این دو وجود ندارد.

ص: ۴۱۹

فقط علم خداست که محدود به زمان نیست، ولی علوم بشری نیاز به زمان دارد و ممکن است که نظر انسان در طول زمان تغییر کند یا اینکه قبلاً چیزی را نمی دانسته و شک در آن داشته، ولی بعداً این جهل یا شک برای او روشن شده است. بنابراین اگر هم ما رضایت را کبرویاً علی الفرض، کافی بدانیم، باز هم این رضایت و اجازه ی فعلی کاشف از این نخواهد بود که این عقد مقرون به رضا بوده است و چنین کشفی در کار نیست.

پرسش: اگر به کسی عقد عرضه شود و بگوید من می خواهم کمی فکر کنم و بعد از فکر کردن اجازه بدهد این کفایت می کند؟

پاسخ: بله اشکال ندارد. ممکن است این اجازه ای که در اینجا مطرح است، شرایطش بعداً حاصل شود و قدری اطلاعات شخص بالا رفته و مقدمات این رضایت به حسب تدریج برایش حاصل بشود و لازم هم نیست که از زمان عقد مقدمات حاصل شده باشد.

پرسش: این دلیل اخص از مدعی است و آن اجازه، ممکن است بلافاصله بعد از عقد نباشد و با فاصله باشد؟

پاسخ: اینها فرض مسئله را اینطور بیان کرده اند که اجازه بلافاصله است و بعد هم می گویند که بلافاصله بودن از اول بوده، ولی ما می گوییم که احتمال تدرج هم وجود دارد.

این مطلب روشن است و خلاصه اینکه مرحوم شیخ اینطور جواب داده است که این مطلبی که بیان شد، دلالتی بر این ندارد که تمام ملاک از اول حاصل بوده است. بعد هم ایشان می فرماید: از این جوابی که ما در اینجا بیان کردیم، بطلان یک بیانی که از شهید ثانی نقل شده است ، روشن می شود.

ص: ۴۲۰

بیان دلیل شهید ثانی

تقریر دلیل شهید ثانی این است که ظاهر آیه ی شریفه ی «أوفوا بالعقود» عبارت از این است که عقد معیار در وفاء است و عقد جامع تمام شرائط است، منتهی ما به دلیل اجماع، آیه ی «تجاره عن تراض» (۱) ، روایات و بنای عقلاء قید رضایت را هم به آن ضمیمه کرده و شرط می دانیم. بنابراین عقدی همراه با رضایت واقع شده و باید نتیجه اش حصول ملکیت باشد، زیرا تمام مواردی که معتبر در آن است، حاصل شده است و باید با نفس عقد، آثار آن هم وجود پیدا کند.

کلام مرحوم شیخ

مرحوم شیخ می فرمایند: شهید ثانی با همین تعبیری که ذکر کرده، شرطیت را قبول کرده است و قبول شرطیت هم اقتضاء می کند که تا شرط نیامده، مشروطش نیاید و این خودش دلیل بر خلاف مطلب است. و همین مطلبی که ایشان در بیان مختار خود ذکر کرده، دلیل بر نقل است، نه دلیل بر کشف.

توجیه کلام شهید توسط مرحوم شیخ

اینطور توجیه کنیم که مسئله ی تقدم شرط بر مشروط در امور تکوینی است، ولی در امور تشریعی –که از امور اعتباری است– تقدم مشروط بر شرط اشکالی ندارد، مانند غسل جمعه که هر چند مسبب از زمان روز جمعه است، ولی اگر کسی این غسل را در روز پنج شنبه انجام داد، واقع می شود یا در باب صوم وقتی مستحاضه می خواهد روزه بگیرد، روزه از ابتداء اتصاف به صحت پیدا می کند، ولی بعضی ها گفته اند که شرطش این است که در عشائین باید غسل کند یا مثلاً غسل فجر را بعد از فجر انجام دهد و غسلش متأخر است ولی صومی که شرط صحتش غسل می باشد از اول فجر صحیح است. این بحث ها در شرط متأخر ذکر شده است که مشروط در مرکبات تدریجی (نه مرکبات دفعی) که خاصیت ارتباطی دارد، صحیح بودن اول مرتبط به آخرش می باشد. و در این ها چیزهای آخر، شرط برای اول قرار گرفته است.

۱- نساء/سوره۴، آیه۲۹.

ما چنین مواردی را داریم و قانون تقدم شرط مربوط به تکوینیات است، نه امور اعتباری و در اینجا هم اشکالی ندارد که ما شرط را متأخر بدانیم، ولی مع ذلک قائل به کشف شده و بگوییم که از وقت تحقق عقد، نقل و انتقال هم واقع شده است. این توجیهی برای کلام شهید ثانی است که کلمه ی شرط را به کار برده و نتیجه ی کشف از آن گرفته است.

البته مرحوم شیخ مثال مرکب تدریجی را بیان نکرده است، آقای خوئی تعبیر به مرکبات را نموده است البته قید تدریجی را ندارد و باید این قید باشد چون ممکن است مرکب دفعی الحصول باشد و مرکب مورد اشکال، مرکب تدریجی الحصول است.

ردّ توجیه توسط مرحوم شیخ

مرحوم شیخ راجع به این توجیهی که بیان شد، می فرمایند که در لزوم تقدم شرط، هیچ فرقی بین تشریعیات و تکوینیات و امثال آن وجود ندارد و مشروط نمی تواند مقدم بر شرط باشد و تفصیل دادن بین این موارد مثل این است که بگویید: اجتماع نقیض در باب تکوینیات محال است نه در باب اعتباریات.

این حرف، حرف نادرستی است و هیچ فرقی بین تشریع و تکوین وجود ندارد و همان طوری که ما قبلاً هم عرض کردیم، لازمه ی تشریعیات هم برخی امور تکوینی است و هر تشریعی را که شما تصور کنید، از برخی امور تکوینی مانند انشاء و جعل و علم به مصلحت و امثال آن تشکیل شده است. گاهی هم امور تشریعی، ضرر و نفعی دارد که آنها هم از امور تکوینی است و خلاصه این حرف، حرف نادرستی است و ما نمی توانیم نسبت به لزوم تقدم شرط در اعتباریات و تکوینیات قائل به فرق شویم. و برای مواردی که در فقه نقض شده، باید راه حل پیدا کرد و یکی از راه حل ها این است که بگوییم نفس تعقب شرط، امری است که مقارن با مشروط است و شرط آن چیزی نیست که بعداً می آید، بلکه تعقب به آن شرط، شرطی است که مقارن با مشروط و متصل به آن است و تأخیری نسبت به مشروط ندارد.

ادله ی کاشفیت اجازه ۹۳/۱۰/۲۱

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: ادله ی کاشفیت اجازه

خلاصه درس: حضرت استاد در ادامه بحث قبلی، دلیل محقق ثانی و شهید ثانی بر کاشفیت اجازه را با تقریر مرحوم سلطان در حاشیه شرح لمعه بیان می فرمایند. ایشان سپس به اشکال شرط متأخر بر این دلیل و توجیهات مختلف نسبت به این اشکال اشاره فرموده و اشکال دیگری را مطرح و مورد بررسی قرار می دهند.در ادامه، دلیل دیگری که بر کاشفیت اجازه به آن استدلال شده، مطرح و رد مرحوم شیخ بر این دلیل و نقد استاد بر فرمایش مرحوم شیخ بیان می گردد.

تقریب فرمایش محقق ثانی و شهید ثانی (حاشیه سلطان بر شرح لمعه)

«فالأکثر علی الأوّل(الکشف)، و استدلّ علیه کما عن جامع المقاصد و الروضه بأنّ العقد سبب تامّ فی الملک؛ لعموم قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و تمامه فی الفضولی إنّما یعلم بالإجازه» (۱) . در حاشیه ی شرح لمعه، مرحوم سلطان یک مطلب بسیار مفیدی در بیان وجهی که محقق ثانی و شهید ثانی برای کاشفیت اجازه بیان کرده اند، ذکر نموده است که مطلب را روشن می نماید.

مرحوم سلطان می گوید: نظر این دو بزرگوار این است که از آیه اینطور استفاده می شود که کل سبب عبارت از عقد است و مراد از سبب هم- همانطور که عرفاً هم گفته می شود- به معنای مقتضی است مثل اینکه آتش سبب برای سوختن است، ولی همین سبب نیاز به بعضی شرایط هم دارد مثل اینکه آتش برای سوزاندن نیاز به شرط مجاورت دارد. این مقتضی هم-که همان سبب است- گاهی مرکب است و گاهی هم بسیط و ما از آیه اینطور استظهار می کنیم که سبب و مقتضی عبارت از عقد است و عقد هم مرکب از ایجاب و قبول است، البته اگر ما قائل به نقل سبب شدیم، باید سبب را مرکب از عقد و اجازه دانسته و بگوییم که این دو انشاء با هم، منشأ نقل و انتقال می شود.

۱- کتاب المکاسب، للشیخ الأنصاری، ج ۳، ص۳۹۹، ط الحدیثه.

بنابراین، ظاهر آیه ی کریمه عبارت از این است که مقتضی عقد است، منتهی این مقتضی نیاز به یک شرطی هم دارد که باید محفوظ باشد و آن شرط عبارت از تعقب به اجازه است، و تمام السبب خود عقد است، نه اینکه یک جزء سبب، عقد باشد و یک جزء هم اجازه باشد و این دو با هم سبب باشند.

محقق ثانی و شهید ثانی می فرمایند که اگر ما قائل به نقل شویم، باید بگوییم که عقد جزء السبب است، با اینکه چنین چیزی بر خلاف ظاهر آیه ی کریمه است و طبق ظاهر آیه، تمام مقتضی و سبب عبارت از نفس العقد است. البته تصحیح این عقد نیاز به یک شرطی هم دارد که بحث آن بعداً خواهد آمد و خلاصه اینکه، مراد از فرمایش این دو بزرگوار چنین معنای سر راست و معقولی است.

اشکال شرط متأخر

بحث در این است که اگر ما قبول کردیم که عقد تمام السبب و ذات السبب است و چیزی دیگری به آن ضمیمه نشده است و طبق ظاهر آیه هم بایـد به مقتضای عقد عمل بشود، نه به مقتضای عقد و یک چیز دیگری و بپذیریم که جزء السبب قرار دادن اجازه بر خلاف ظاهر آیه ی قرآن است، ولی این اشکال مطرح خواهد شد که تأثیر این مقتضی مشروط به یک شرطی است که متأخر از مشروط است. و تأثیر عقد منوط به اجازه ای است که متأخر از آن می باشد؟ و بین شرعیات یا اعتباریات و تکوینیات هیچ فرقی وجود ندارد و لذا این بیان، به حسب ظاهر ابتدائی غیر معقول است.

توجیه شهید ثانی

شهید ثانی یک توجیهی برای رفع این اشکال بیان می فرماید که مسئله را از اشکال عقلی تقدم شرط بر مشروط خارج کند. این توجیه عبارت از این است که شرط در اینجا عبارت از یک امر انتزاعی است که مقارن با عقد است. به عبارت دیگر، اگر «مایتوقف علیه» متأخر باشد، اشکال دارد، ولی در اینجا «ما یتوقف علیه» عبارت از اجازه نیست، بلکه یک امر انتزاعی از اجازه است که مقارن با عقد است. بنابراین، منتزع منه عبارت از اجازه است و منتزع هم عبارت از تعقب بالاجازه می باشد. طبق این بیان، دیگر اشکال عقلی تأخر شرط بر مشروط وارد نخواهد بود

البته این یک اصطلاحی بر خلاف اصطلاح متداول خواهد بود، زیرا به حسب متعارف، شرط به «ما یتوقف علیه المشروط» اطلاق می گردد، نه اینکه از آن چیزی را انتزاع کرده و شرط را به این منتزع اطلاق نماییم، ولی ایشان چنین معنایی را اراده کرده و می گوید: ما از ادله شرط به این معنی قائلیم و طبق این معنی، اشکال عقلی وارد نخواهد بود.

توجیه صاحب جواهر و برخی از معاصرین

مرحوم شیخ می فرماید که صاحب جواهر و عده ای معاصرین هم طبق فرمایش شهید ثانی توجیه نکرده اند، بلکه شرط را همان «ما یتوقف علیه» دانسته و مقارن با عقد می دانند، ولی مانند «جری المیزاب» از باب مجاز در اسناد می باشد که جریان در حقیقت متعلق به آب است، ولی از باب مجاز در اسناد، به میزاب نسبت داده شده است. در اینجا هم هر چند تعبیر شده است که اجازه شرط است، ولی شرط واقعی و حقیقی همان امر انتزاعی از اجازه است که مقارن با عقد می باشد. قهراً طبق این معنی اشکال عقلی وارد نخواهد بود.

ص: ۴۲۵

بیان اشکال از ناحیه ی دیگر

منتهی اگر هم اشکال سابق حل شود، ولی از یک ناحیه ی دیگر اشکال لازم می آید.

اشکال عبارت از این است که اگر ما شرط را، (یعنی «ما یتوقف علیه» را) آن امر مقارن قرار بدهیم و امر مقارن هم عبارت از صفتی باشد که عقد به خود می گیرد، «العقد الذی یتعقبه اجازه» و قهراً طبق این معنی، همان وقتی که عقد تحقق پیدا می کند، این صفت «یتعقبه اجازه» هم روی آن تثبیت می شود. نتیجه ی این معنی عبارت از این خواهد بود که قبل از اجازه، ملکیت حاصل شده و احکام آن هم بار خواهد شد.

مثلاً اگر کسی یقین دارد که بعد از عقد، مالک اجازه خواهد داد، در این صورت تصرفات و نقل و انتقال او قبل آمدن اجازه و رضایت مالک باید صحیح باشد، با اینکه عقلاً و نقلاً در این مواردی که شخص راضی نشده است، علم به رضایت بعدی او فایده ای ندارد تا ما حکم عقد را تثبیت کنیم.

بنابراین، هر چند مشکل از ناحیه ی توقف بر شرط متأخر حل شد، ولی اشکال از این ناحیه باقی است که وقتی هنوز طیب نفس حاصل نشده و «تجاره عن تراض» (۱) یا «لا یحل مال امرئ الا عن طیب نفسه» (۲) مصداق پیدا نکرده است، چطور ما حلیت را بار کنیم؟ چنین چیزی هم بر خلاف نقل و هم بر خلاف عقل بوده و صحیح نیست و لازمه ی کشف حقیقی عبارت از این خواهد شد که اگر کسی یقین به مطلب داشته باشد که بعداً طیب نفس مالک حاصل می شود، باید حکم به صحت عقد بدهیم، در حالی که نمی شود به چنین چیزی قائل شد.

۱- نساء/سوره۴، آیه۲۹.

۲- عوالی اللئالی، ابن ابی جمهور الأحسائی، ج۲، ص۱۱۳.

بررسی اشکال توسط استاد

این اصل اشکال بود، ولی باید ببینیم که آیا این مطلب درست است یا نه؟

البته اگر تعلیقی بود، ممکن بود که ما بگوییم: اذن تعلیقی که فقط مبتنی بر تصور موضوع است، کفایت می کند. به عقیده ی ما چنین چیزی کافی است، میرزای رشتی هم این اذن را کافی می داند، عرف متعارف هم کافی می داند و معمولاً تصرفاتی که انسان در اموال رفیق خودش می کند، بر همین اساس است که اگر انسان علم به این مطلب دارد که اگر رفیق او با خبر از این تصرفات بشود، رضایت دارد و تصور موضوع کافی است و برای اذن دادن احتیاجی به تأمل و فکر نیست.

البته ما به این نکته هم اشاره کردیم که لازمه ی اجازه ی بعدی عبارت از این نیست که وقتی شخص رضایتی داد که عرف آن را کافی می داند، پس بگوییم که این رضایت از اول بوده است، زیرا برخی از امور به صورت تدریجی است و انسان با فکر علاقه یا کراهت پیدا می کند و لذا این رضایت بعدی نمی تواند نسبت به رضایت من حین العقد کاشفیت داشته باشد و قهراً اگر چنین کاشفیتی نبود، طبق حکم عقل و عقلاء باید رضایت ولو به صورت تقدیری احراز بشود و در صورت عدم احراز، طبق عقل و نقل، کشف ابطال خواهد شد.

ولی بحث ما در این است که آیا چنین چیزی در همه جا همین طور است؟ آیا اگر هنوز رضایت نیامده باشد، حتی رضایت تعلیقی هم نیامده باشد یا احراز نشده باشد، یا عدمش احراز شده باشد، در چنین مواردی کشف عقلاً و نقلاً جایز نخواهد بود؟ این مسئله جای بحث است. در کتب تاریخی این داستان ذکر شده که یک سلطانی به وزیرش دستور داد که فرزند او را بکشد. این وزیر فهمیده بود که شاه بر اساس غضب و ناراحتی چنین دستوری داده و بعد از فروکش کردن این احساسات، از این دستور خود پشیمان خواهد شد. لذا وزیر به دستور شاه عمل نکرد و این بچه را در جایی مخفی کرد تا زمانی که شاه از دستور خود پشیمان شد و احساس نیاز به بچه کرد، این فرزند را به او نشان بدهد.

ص: ۴۲۷

در چنین مواردی هر چند مالک الان متوجه این معامله ی حسابی نبوده و لذا راضی به آن نیست، ولی شخص احراز کرده است که بعداً پشیمان شده و بالأخره راضی خواهد شد و ما ممکن است بر اساس آیه ی شریفه ی «ما عَلَی الْمُحْسِنینَ مِنْ سَبیلٍ» (۱) بگوییم که این شخص هر چند علم به عدم رضایت مالک دارد، ولی به توجه به اینکه می داند بعداً پشیمان شده و راضی خواهد شد، با این معامله در حق او احسان می کند. بنابراین اینطور نیست که در همه ی موارد حکم به بطلان کنیم.

پرسش: یعنی در واقع دلیل اثباتی داشته باشیم؟

پاسخ: بله، یعنی وقتی می دانیم که همین شخصی که الان راضی نیست، فردا راضی خواهد شد، طبق آیه ی «ما عَلَی الْمُحْسِنینَ مِنْ سَبیلٍ» نمی توانیم چنین صورتی را باطل بدانیم.

خلاصه اینکه، اگر ما تعقب اجازه را شرط به اصطلاح فلسفی بدانیم، چنین شرطی مقارن با عقد است و لذا اشکال عقلی وجود نخواهد داشت، از جهت اشکال اثباتی و از نظر نقلی هم خیلی روشن نیست که چنین چیزی را باطل بدانیم و بعید هم نیست که بالأخره اقلاً در بعضی از موارد ما قائل به حتی کشف حقیقی شویم. ظاهر کلمات مشهور بین علماء هم عبارت از کشف حقیقی است و اصلاً کشف حکمی از امور مستحدث در دوره های اخیر است. مشهور قائل به کشف حقیقی بوده اند و قائل شدن به این مطلب، خیلی تالی فاسدی به همراه ندارد.

دلیل دوم بر کاشفیت اجازه (اجازه، امضاء انشاء قبلی است)

ص: ۴۲۸

۱- توبه/سوره۹، آیه۹۱.

یکی از ادله دیگری که برای کشف به آن استدلال شده است ، عبارت از این است که اجازه امضاء همان انشائی است که واقع شده است. به عبارت دیگر، وقتی عاقد می گوید: ملکت یا بعتُ، مقصودش این نیست که شخص مانند وصیت بعداً مالک شود، بلکه مراد این است که در همان زمان عقد برای طرف مقابل ملکیت حاصل بشود، وقتی هم که مالک اصلی بعداً اجازه می دهد، در حقیقت همان مُنشأ وقت العقد را — که عبارت از ملکیت است- امضاء می کند. بنابراین، مالک اصلی با اجازه دادن، همان مکلیت سابق را امضاء می کند و در نتیجه اگر در این مدت نمائاتی پیدا شده، مال مشتری می شود، زیرا او از اول مالک شده است و تعقب اجازه هم که حاصل شده و در نتیجه نمائات مال مشتری خواهد بود.

رد مرحوم شیخ بر دلیل دوم

مرحوم شیخ می فرماید این مطلب درست نیست، زیرا اگر قید حالی بودن در مُنشأ وجود داشت و مالک اصلی هم همین ملکیت در وقت متقدم را امضاء می کرد، حرفی نبود، ولی مطلب این چنین نیست و در این انشائی که واقع شده است، چنین قیدی وجود ندارد. در برخی موارد نسبت به ملکیت قیدی وجود دارد مثل اینکه در وصیت ملکیت طرف مقابل مقید به قید «بعدالوفات» است، ولی در انشائات بیع و امثال آن چنین قید متأخری در کار نیست، منتهی خاصیت انشاء عبارت از این است که اگر شخص انشائی کرد و هیچ قیدی نداشت، مُنشأ فعلی واقع می شود، نه اینکه در مُنشأش قید فعلیت وجود داشته باشد. اجازه هم عبارت از موافقت با مُنشأ است و چون مُنشأ قید ندارد، این اجازه هم ملکیت را بدون قید اثبات می کند و بنابراین وقتی که با انشاء عقد بدون قید، ملکیت به طور فعلی واقع می شود، امضاء هم به همین مُنشأ واقع می گردد.

ص: ۴۲۹

مرحوم شیخ در اینجا مثال نزده است، ولی مثالش را در باب استصحاب فرائد راجع به «لاتنقض الیقین بالشک لأنک کنت علی یقین من وضوئک و لا ینبغی أن تنقض الیقین بالشک»، مورد بحث قرار داده است که آیا ما این «لاتنقض» را به استصحاب حمل کنیم، یا به قاعده ی یقین و به شک ساری حمل نماییم یا به شک طاری و خلاصه اینکه به کدام یک از اینها باید حمل کنیم؟

ایشان در آنجا این بیان را دارد که اگر الان گفتم: من علم به عدالت زید دارم، و هیچ قیدی را ذکر نکردم، عدالت حالا مراد خواهد بود و عدالت فردا و عدالت دیروز نیاز به قید دارد و به جهت اینکه هیچ قیدی ذکر نشده است، ظرف متعلِق و متعلَق یکی می شود.

ایشان می فرمایند: حال بودن در وقت العقد یا حال بودن در وقت الاجازه، ظرف برای مُنشأ است، نه اینکه قید مُنشأ باشد تا نتیجه ی کشف از آن گرفته بشود. این فرمایش مرحوم شیخ است.

نقد فرمایش مرحوم شیخ

ما نمی فهمیم که مرحوم شیخ در اینجا چه می خواهد بفرماید! میزان برای اطلاق و تقیید عبارت از این است که وقتی از شخص بپرسند، گاهی می گوید: من با یک خصوصیاتی قائلم و گاهی هم می گوید که نه، قائل به خصوصیاتی نیستم، گاهی هم مهمل است و باید فکر کند که آیا خصوصیتی دارد یا نه؟

وقتی شخص می گوید: من این را به تو تملیک می کنم، آیا این تعبیر او مهمل است؟ یعنی مراد این است که در یک زمانی از ازمنه می خواهم ملک تو قرار بدهم که حتی با این هم سازگار است که بعدالممات خودش او را مالک قرار بدهد؟

وجداناً آن چیزی که بالارتکاز در اینجا وجود دارد، عبارت از این است که وقتی چیزی در لفظ آورده نشود، مقصودش عبارت از این است که همین حالا تو را مالک قرار دادم و قضیه مهمله نیست.

در باب استصحاب هم وقتی می گوید: من یقین به عدالت زید دارم و از او سؤال شود که عدالت چه زمانی؟ جواب می دهد: عدالت الآن. اگر بپرسند، مرادش این است و اگر قضیه مهمله باشد، نمی توانیم این را اثبات بکنیم. بنابراین متفاهم عرفی از اینها اهمالی ندارد و اگر مهمله شد، فوری در حال واقع می شود و وجهی ندارد که بگوییم: اگر شخص وقتی از ازمنه را قصد کرد، نتیجه اش این باشد که همین الآن واقع بشود. وجهی برای این مطلب نیست، زیرا ارتکازاً مقصودش عبارت از این است که از همین حالا طرف مقابل مالک بشود.

ایشان مثال به ایجاب و قبول زده و می فرماید که در باب ایجاب و قبول، موجب نمی گوید که من الان طرف مقابل را مالک قرار دادم و طرف مقابل هم بگوید: من هم همان وقتی که تو مرا مالک کردی، همان را امضاء می کنم، اینطور نیست، بلکه موجب می گوید: من مالک کردم و قهراً ظرف ملکیت حال است. طرف مقابل هم قبول می کند و چون قهراً قیدی در منشأ نیست، باید بعد واقع بشود.

ایشان این مطلب را شاهدبر این می آورد که در بحث فضولی هم حال مورد عنایت نیست، بلکه فقط ظرف است، ولی به نظر می رسد که در ایجاب و قبول هم اگر از شخص بپرسند که چطور است؟ می گوید: من تملیک می کنم در وقتی که طرف مقابل قبول بکند.

در ایجاب و قبول بالارتکاز اینطور است که نیت موجب برای تملیک یک مقداری متأخر است و از ابتداء مُنشأ بالارتکاز مقید به بعد قبول طرف است و قهراً چون نیت موجب برای بعد قبول طرف است، طرف مقابل هم همین را امضاء می کند، پس بنابراین، قبل از قبول ملکیتی حاصل نمی شود.

پرسش: در اینجا که استصحاب را مطرح فرمودید، شخص می گوید: من یقین به عدالت زید دارم، بعد هم می گوید که الان در آن شک دارم.

پاسخ: نه، مطلق می گوید، تعبیر روایت این است که دیروز من یقین به عدالت زید داشتم، ولی امروز شک دارم. متفاهم عبارت از این است که هر کدام از متعلق علم وشک نسبت به ظرف خود علم و شک است، یعنی دیروز یقین به عدالت زید، الان هم نسبت به عدالت زید شک دارم. اطلاق قضیه همین را اقتضاء می کند.

پرسش: ... پاسخ: تعبیر إنک کنت علی یقین من وضوئک و لا تنقض... » بر استصحاب تطبیق می کند به این معنی که دیروز یقین به عدالت زید داشتم و عدالت دیروزی قطعی است، ولی الان نسبت به عدالت امروزی شک دارم. مورد استصحاب هم همین است. نه اینکه یقین سابق من تبدیل به شک شده باشد.

پرسش: ... موجب می گوید که من تملیک کردم یا همین الان تملک کردم؟

پاسخ: در جاهای دیگر هم ارتکاز عرف متعارف عبارت از این است که شخص به نحو ملکیت بعد از قبول تملیک می کند.

دلیل دوم بر کاشفیت اجازه ۹۳/۱۰/۲۲

ص: ۴۳۲

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: دلیل دوم بر کاشفیت اجازه

خلاصه درس:

حضرت استاد در این جلسه به ادامه ی بحث دلیل دوم بر کاشفیت اجازه پرداخته و می فرمایند این دلیل اخص از مدعی است. ایشان در ادامه به فرمایش مرحوم آقای خوئی اشاره نموده و آن را مورد نقد و بررسی قرار می دهند.

دلیل دوم قائلین به کشف

دلیل قائل به کشف: «الإجازه متعلّقه بالعقد، فهی رضا بمضمونه، و لیس إلّا نقل العوضین من حینه».

مرحوم شیخ: «أنّ الإجازه و إن کانت رضاً بمضمون العقد، إلّا أنّ مضمون العقد لیس هو النقل من حینه حتّی یتعلّق الإجازه و الرضا بذلک النقل المقیّد بکونه فی ذلک الحال، بل هو نفس النقل مجرّداً عن ملاحظه وقوعه فی زمان، و إنّما الزمان من ضروریات إنشائه؛ فإنّ قول العاقد: «بعت» لیس «نقلت من هذا الحین» و إن کان النقل المنشأ به واقعاً فی ذلک الحین، فالزمان ظرف للنقل لا قید له...» (۱) .

به عقیده ی شیخ زمان به عنوان ظرف اخذ شده است که در این صورت، مُنشأ خود به خود حالی خواهد بود. کسی هم که بعداً اجازه می دهد، نسبت به این تملیک حالی بعد الانشاء توافق کرده و ملکیت را از زمان اجازه قبول می نماید.

اشکال اول به مرحوم شیخ

عرض شد که در بیع، اگر شخص به تاریخ تملیک از همان زمان انشا هم تصریح نکرده باشد، مرتکز عبارت از این است که تملیک از تاریخ انشاء باشد و اگر از شخص پرسیده شود این ملکیتی که متعلَّق انشاء شماست، به نحو اهمال است که طرف مقابل فی الجمله مالک شود، یا اینکه به نحو تأخیر است که طرف مقابل بعداً مالک شود، در جواب خواهد گفت: مقصود من این است که طرف مقابل بعد از قبول، مالک این مال شود. و ارتکاز هم بر این است که طرف مقابل بعد از قبول، مالک شود. بنابراین، اجازه هم به همین معنایی که مقصود شخص در انشاء بوده، تعلق گرفته و آن را تثبیت می نماید.

۱- کتاب المکاسب، للشیخ الأنصاری، ج ۳، ص۴۰۳، ط الحدیثه.

اشکال دوم: اخص از مدعی بودن دلیل

اگر فرمایش شیخ را هم بپذیریم، باز دلیل اخص از مدعی است، زیرا بحث فضولی منحصر به صورتی که زمان، ظرف باشد،

نیست بلکه گاهی اوقات زمان به عنوان قید اخذ شده است. مثلاً شخص می گوید: من این شیء را از این تاریخ به تو تملیک کردم، طرف مقابل هم می گوید: من هم قبول کردم. این هم داخل در مباحث فضولی است.

اشکال سوم:

یا فرض کنید که زمان به عنوان قید اخذ نشود و نظر مرحوم شیخ را پذیرفتیم ولی مجیز بگوید من از اول ملکیت را توافق کردم و همین که حالی شده به بعد الإنشاء همین را بگوید من این حالی بودن را از همان وقت انشا قبول کردم آیا مباحث فضولی اینجا نمی آید؟

همه ی اینها داخل در مباحث فضولی است و اینطور نیست که در بین موارد مختلف، قائل به تفصیل شویم و بگوییم در بعضی جاها اجازه کاشف و در برخی موارد ناقل است. قول صحیح این است که تفصیل در کار نیست و در همه ی موارد، کاشف است.

در اجاره ی فضولی این مسئله مطرح است که شخص می تواند اجاره را برای تاریخ بعد از عقد انشاء کند، مثل اینکه بگوید: این خانه را از یک ماه بعد به تو اجاره می دهم و طرف مقابل هم قبول کند. شاید در بیع هم همین مطلب صحیح باشد و شخص بگوید: این شیء را در مقابل فلان چیز از فلان تاریخ به تو تملیک کردم. طرف مقابل هم قبول کند (بعد هم مجیز همین را امضا کند). خلاصه در فرمایش مرحوم شیخ جای مناقشه و تأمل است.

فرمایش آقای خوئی

آقای خوئی می فرمایند این فرمایش شیخ و اشکالی که بیان کرده، بر اساس مبنای مشهور تمام است، «إنّما یتمّ بناءً علی المسلك المشهور» مسلک مشهور — که قول صحیح می باشد- این است که انشاء، از امور ایجادی است که یک معنایی را ایجاد می کند، در مقابل إخبار که حکایت از یک چیزی می نماید. آقای خوئی بر خلاف مسلک مشهور، عقیده اش این است که انشاء ابراز اعتبار شخص است، یعنی شخصی که انشاء می کند، در نفس خود یک معنایی را اعتبار می کند و بعد با لفظ یا فعلی این اعتبار نفسی را ابراز می کند. ایشان خیلی از مسائل را به صورت مرتب بر همین مبنای خود و مبنای مشهور تفریع می نماید. یکی از تفریعاتی که ذکر کرده، همین مسئله می باشد. می فرماید: «إنّما یتم»، یعنی این اشکال شیخ بر اساس مبنای مشهور تمام است، «بناءً علی المسلك المشهور من أنّ الانشاء عباره عن إیجاد المعنی باللفظ». تعبیر «باللفظ» مسامحه هست، و بهتر بود که اینطور تعبیر می شد: «باللفظ أو الفعل أو الکتابه أو ...». «و علیه یمکن أن یقال إنّ إیجاد الملکیه غیر مقیّد بشیء». ایشان کأنّ می خواهند بگویند که بر اساس مسلك مشهور، اشکال شیخ وارد است، یعنی اگر مقید نبود، بلکه ظرف بود، نتیجه اش همان مطلبی خواهد بود که شیخ نتیجه گیری کرده است. «وأمّا بناءً علی ما سلکناه فی معنی الانشاء وقلنا إنّه عباره عن إبراز الاعتبار النفسانی المتحقّق فی افق النفس فیستحیل أن لاتکون الملکیه مطلقه ولا مقیّده، لاستحاله الاهمال فی الواقعیات، یعنی أنّ الحاکم والمعتبِر لابدّ إمّا أن یعتبر الشیء علی نحو الاطلاق وإمّا علی نحو التقیید، وأمّا الاهمال وأنّه لا یدری ما جعله فهو مستحیل، وعلیه فالملکیه المعتبره فی النفس لابدّ إمّا أن تکون مطلقه أی من هذا الزمان إلی یوم القیامه، أو مقیّده بزمان کالملکیه بعد ساعه ونحوها، وبما أنّ الملکیه غیر مقیّده بزمان فتکون مطلقه لا محاله یعنی من هذا الزمان إلی الآخر، والاجازه إنّما تعلّقت بتلك الملکیه المطلقه أعنی الملکیه من زمان البیع إلی الآخر، فلا محاله تکشف الاجازه عن الملکیه من أوّل الأمر».

نقد فرمایش آقای خوئی

ایشـان بر اسـاس مسـلک مشـهور، ایراد مرحوم شـیخ را قبول کرده، ولی عرض مـا این است که این ایراد بر اسـاس مبنـای خود ایشـان هم وارد است، زیرا یکی از مقـدمات انشـاء، علم است و معلومـات انسـان هم گـاهی قضایـایی مقیـده و گـاهی مطلقه و گـاهی هم مهمله است و لـذا در برخی مـوارد انسـان علی نحـو الاهمـال علم به چیزی دارد و نسـبت به خصوصـیاتش اطلاعی نـدارد. مثلاً من می دانم که زید مالک است، ولی نمی دانم که از چه زمانی مالک است. در مسـئله ی کشف و نقل هم ما می دانیم که ملکیتی وجود دارد، ولی شک ما در مبـدأ ملکیت است که آیا از زمان عقد است یا از وقت اجازه؟ ولی اصل ملکیت به صورت اهمال برای شـما مقطوع است. بنابراین همانطوری که در معلومات انسان قضایای مهمله وجود دارد، در انشاء ها هم مطلب همین طور است و فرقی نمی کند که انشاء را طبق مسلک مشهور معنی کنیم یا طبق مسلک مرحوم آقای خوئی.

در خیلی از موارد آقایـان و حتی خود آقای خوئی ذکر کرده انـد که فلان قضـیه مهمله است یا فلان قضـیه اطلاق نـدارد و این تقسـیم بندی مخصوص جملات خبریه نیست، در انشائات هم همین طور است. مثلاً شـما می گویید که من مریضم، و شـخص مقابل شـما هم می گویـد: برو دکتر. در اینجا نظر به این نیست که به کدام دکتر مراجعه کنید یا دکتر خاصـی مورد نظر باشد، بلکه نظر بر این است که شما به دکتر مراجعه کنید. گاهی اصلاً شخص خودش نمی داند که چه چیزی مطلق است، گاهی هم می داند، ولی مقام، مقامی نیست که بخواهد ذکر کند و می گوید: برو دکتر. بنابراین، در این مسئله فرقی ندارد که ما انشاء را ابراز امر اعتبـاری بـدانیم یا طبق مسـلک مشـهور به معنای ایجاد بـدانیم و گاهی انشاء به نحو مهمله اعتبار می شود و گاهی هم اینطور نیست. و ما نمی توانیم با تفسیری که ایشان بیان کرده است، موافقت بکنیم.

ص: ۴۳۶

در غیر خدای متعال علم اشخاص می تواند به نحو اهمال است و لذا انشاءاش هم به نحو مهمل می باشد، در مورد خداوند متعال هم گاهی ممکن است که در مقام بیان نباشد و به صورت مهمل بیان بفرماید.

بررسی آیات «اوفوا بالعقود» و «احل الله البیع» برای کاشفیت اجازه ۹۳/۱۰/۲۳

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: بررسی آیات «اوفوا بالعقود» و «احل الله البیع» برای کاشفیت اجازه

اشکالات مرحوم شیخ بر استدلال به «اوفوا بالعقود» برکاشفیت اجازه

برای کاشفیت اجازه به آیه «أوفوا بالعقود» استدلال شده بود که مرحوم شیخ چند اشکال به آن وارد کردند :

اشکال اول: عبارت از این بود که مفاد عقد فضولی اصل ملکیت است، مفاد اجازه هم ملکیت طرف است، ولی قید ملکیت حالی وجود ندارد تا از آن کاشفیت اجازه را نتیجه بگیریم.

اشکال دوم: مرحوم شیخ می فرماید لو سلمنا که مفاد اجازه ی مجیز این است که عقدی که فضولی بجا آورده، نافذ است، ولی اگر ما بخواهیم عقد فضولی را با اجازه ی مالک به نحو کشف تصحیح کنیم، باید شارع هم این اجازه ی مالک را امضاء کند. آیا شارع با «اوفوا بالعقود» چنین چیزی را امضاء می کند؟

معنای آیه این است که شما به قراردادهایتان ترتیب اثر دهید. مراد از این قراردادها هم بالانصراف عبارت از قراردادهایی است که خودتان بسته اید، یعنی عاقدین باید به عقودی که خودشان بسته اند، عمل کنند مثل اینکه گفته شود: به نذرها یا عهدهایتان عمل کنید. بنابراین، در اینجا تناسب حکم و موضوع اقتضاء می کند که مراد از عقود، عبارت از عقود خود عاقدین (مالکهای اصلی) باشد و عقدی که قبل از اجازه توسط فضولی انجام شده، اضافه به مالک اصلی ندارد و حصول اضافه بعد از اجازه است. بنابراین، مفاد «أوفوا بالعقود» عبارت از این است که وقتی این عقد به مالک اصلی اضافه شد، باید به آن ترتیب اثر داد که به معنای نقل خواهد بود نه به معنای کشف.

ص: ۴۳۷

اشکال به فرمایش مرحوم شیخ

شیخ در اینجا یک تعبیری دارد که به نظر می رسد برای افهام مقصود ایشان ناقص باشد.

ایشان می فرمایند: «أوفوا بالعقود» ناظر به عقود خود عاقدین است، مثل وفا به نذر و عهد و امثال آن، ولی نتیجه ای که ایشان از این بیان می گیرد، مربوط به عقود عاقدینی است که مالک هستند.

توضیح اینکه «أوفوا بالعقود» به عاقدین و فضولی می گوید که شما به قراردادهای خود ترتیب اثر دهید و فرقی بین فضولی و

دیگران وجود نـدارد. یعنی همانطور که اگر با إذن یا وکالت قراردادی بستیـد، باید به آن ترتیب اثر دهید، در سایر عقود مجاز هم باید ترتیب اثر دهید . بنابراین، «أوفوا بالعقود» نظر به عاقدین دارد، منتهی نسـبت به عقدهایی که مجاز باشـند، اعم از اینکه شخص مـأذون در عقـد باشـد، یا اینکه متعقب به اجازه کافی باشـد. که ما از ادله، تقییـد عمومات به تعقب اجازه را فهمیـدیم. بنابراین «اوفوا بالعقود» به فضولی و طرف مقابلش می گوید که به عقدی که متعقب به اجازه است، باید ترتیب اثر دهید. نتیجه ی این بیـان هم عبارت از کشف خواهـد بود، نه نقل. ولی مرحوم شـیخ از مقـدمه ای که می چینـد، اینطور نتیجه می گیرد که عقـد مالکین میزان است، نه عقـد عاقدین. ایشان دلیلی که می آورد، راجع به عاقدین است، ولی نتیجه ای که می گیرد، راجع به قسم خاصی از عاقدین- که عبارت از مالک است- می باشد.

عرض ما عبارت از این است که طبق « اوفوا بالعقود» وقتی که عقـد فضولی متعقب به اجازه باشـد، همه وظیفه دارنـد که به آن ترتیب اثر بدهنـد و لازمه ی این مطلب هم ثبوت ملکیت(از زمان عقـد) است. بنابراین، چه مالک و چه غیر مالک، همه باید به چنین عقدی ترتیب اثر دهند. خلاصه این اشکال جای مناقشه دارد.

ص: ۴۳۸

مرحوم شیخ این تعبیر را هم دارد که اگر در جایی لزوم وفا نبود، ملکیتی هم در کار نیست، زیرا نمی شود که ملکیت باشد، ولی وفا نباشد و چون قبل از حصول اجازه لزوم وفا نیست، پس بنابراین ملکیتی هم در کار نیست. به عبارت دیگر، یکی از لوازم ملکیت، وجوب وفاست و چون قبل از اجازه لزوم وفا نیست، پس ملکیتی هم وجود ندارد. عدم کشف ثابت می شود.

البته ممکن است کسی اینطور اشکال کند که «أوفوا بالعقود» ناظر به یک عقود خاصی است، ولی نسبت به سایر موارد مفهوم ندارد. مثلاً «أوفوا بالعقود» در خطاب به مالکین می گوید: ایها المالکین شما به عقدتان وفا کنید، ولی نسبت به سایر موارد مثل عقد فضولی — که در عقدش مجاز بوده است- اثباتاً و نفیاً سکوت دارد.

کاشفیت اجازه و آیه ی «احل الله البیع»

ممکن است کسی بیع متعقب به اجازه را با «احل الله البیع» تصحیح کند.

مرحوم شیخ: از این مطلبی که گفتیم، معلوم می شود که به «أحل الله البیع» هم نمی شود تمسک کرد، زیرا لازمه ملکیت، اباحه ی تصرف است و اباحه ی تصرف قبل از آمدن اجازه، عقلاً و نقلاً صحیح نیست. و چون اباحه ی تصرف قبل از آمدن اجازه، عقلا و نقلا صحیح نیست به احل الله نمی شود تمسک کرد.

البته به نظر می رسد که ذکر این مطلب در اینجا مناسب نبود، زیرا این یک اشکالی به اصل مطلب است و قبلاً هم در بحث اشکال عقلی مطرح شد که شیخ در اشکال به تعقب فرمود: تعقب بر خلاف عقل و نقل است. این اشکال برای همان جا است و نه بعد از این بیانات دیگر، و کانّ این اشکال دیگری است و اشکال اول عبارت از این بود که کشف حقیقی بر خلاف عقل و نقل است و هر چه هم که از ادله و اطلاقات استفاده بکنیم، ما نمی توانیم به خلاف عقل و نقل ملتزم بشویم.

ص: ۴۳۹

اشکال سوم شیخ

مطلب سومی که شیخ بعداً اشکال می کند، عبارت از این است که اگر هم ما شبهه ای در دلالت الفاظ نکردیم، ولی باید به این نکته توجه داشته باشیم که نمی توان به کشف حقیقی ملتزم شد و باید در ظهورات الفاظ تصرفاتی داشت مثل اینکه قائل به کشف حکمی شده و بگوییم: درست است که قبلاً ملکیتی در کار نبوده و حتی اگر کسی بداند که بعداً اجازه می آید، این علم به تعقب، مصحح تصرف نیست، ولی بعد از اینکه اجازه آمد، شارع می گوید: شما با این عقد تا جایی که امکان دارد و می شود ترتیب اثر داد، معامله ی ملکیت من الاول کنید. بنابراین، اگر نمائاتی حاصل شده، با آن نمائات معامله ی ملکیت برای مشتری کنید. خلاصه، برای اینکه مطلبی بر خلاف عقل و نقل ثابت نکرده باشیم، یک معنایی را در نظر می گیریم که اسمش کشف حکمی است.

البته ایشان می فرماید: ما به کسی برخورد نکردیم که قائل به یک چنین کشف حکمی شده باشد و کلمات آقایان ظاهر در کشف حقیقی است و فقط در ظاهر بعضی از تحقیقات استاد ما شریف العلماء به کشف حکمی اشاره شده است.

عمده ی بحث و بزنگاه مطلب راجع به این است که آیا کشف حقیقی قابل قبول است یا نه؟

اگر در این مسئله تأمل کنیم، می بینیم که این کار بر خلاف عقل نیست و گاهی فضولی می بیند که مشتری خوبی پیدا شده است و نباید این مشتری را از دست داد، برای مشتری هم باید ملکیت من الحال اثبات کرد تا اگر نمائاتی هم هست، مال او باشد یا تسلیم او کرد، در این صورت چنین کاری بر خلاف عقل نخواهد بود. گاهی فاصله ی بین عقد و اجازه چندین سال طول می کشد مانند باب ارث و امثال آن که مثلاً غیر ولی، صبی یا صبیه را برای طرف مقابل عقد کرده است. فضولی حق نداشته است که چنین عقدی را انجام دهد، ولی در روایات وارد شده است که وقتی صبی یا صبیه بزرگ شدند و نسبت به این عقد اجازه دادند، باید از اول ترتیب اثر داده شود.

ص: ۴۴۰

بنابراین، وقتی فضولی می بیند صلاح در این است که از همین حالا ترتیب اثر ملکیت داده شود زیرا ممکن است طرف مقابل فردا پشیمان شود و این عقد را به عنوان احسان انجام می دهد، نمی توان گفت عقل بر عدم جواز این کار حکم می کند.

و اما راجع به نقل هم مانند روایت «لا یحل الا عن طیب نفسه» می شود بگوییم که «ما علی المحسنین من سبیل» و امثال آن حکومت نسبت به آن نقل دارند خلاصه اینکه از این جهت هم اشکالی وارد نخواهد بود.

البته خود شیخ هم فی الجمله قبول کرده است که گاهی یک کارهایی بدون اجازه ی مالک است، ولی خداوند متعال که مالک حقیقی است، بر اساس مصالح کلی اجازه می دهد و هیچ اشکالی هم ندارد، مثل اکل مارّه که طبق فرمایش ایشان، مصالح کلی اقتضاء می کند که یک چنین حقی توسط شرع برای اشخاص قرار داده شود. چه اگر بنای عقلاء قبول داشته باشد یا قبول نداشته باشد، ولی عقل فطری راجع به این کار اشکالی نمی کند، ولو اینکه بنای عقلاء بر خلاف آن بوده و آن را تخطئه کرده باشد.

اشکالات وارده بر استدلال به «اوفوا بالعقود» برای کشف ۹۳/۱۰/۲۷

.Your browser does not support the audio tag

موضوع : اشکالات وارده بر استدلال به «اوفوا بالعقود» برای کشف

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه به صورت مختصر به برخی اشکالات مرحوم شیخ بر استدلال به آیه ی شریفه ی (اوفوا بالعقود) پرداخته و فرمایش ایشان را مورد نقد و بررسی قرار می دهند. و در ادامه فرمایش آقای خوئی و آقای نائینی را مطرح و نقد می فرمایند.

ص: ۴۴۱

اشکالات مرحوم شیخ بر استدلال به «اوفوا بالعقود» برای کاشفیت اجازه

مرحوم شیخ نسبت به استدلال به آیه ی شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۱) برای کشف، چندین اشکال بیان فرمود که به صورت اختصار آن را تکرار می کنیم.

اشکال دوم

مرحوم شیخ در اشکال دوم می فرماید (۲) : «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل عاقدین می شود و عنوان عاقد هم بعد از اجازه بر مالک صدق می کند و آیه ی «أوفوا بالعقود» به این مالکین که الان عاقد هستند، می گوید: باید به عقدتان ترتیب اثر بدهید که قهراً مفاد آیه عبارت از نقل خواهد بود.

اشکال کلی بر استدلال به آیه

ما بجز این اشکالات یک اشکال کلی راجع به استدلال به آیه ی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» داریم. این اشکال کلی عبارت از این است که آن طوری که از عرف متعارف فهمیده می شود، «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یک حکم تأسیسی شرعی مانند نماز و روزه و امثال آن نیست، بلکه به حسب متفاهم عرفی، امضاء همان چیزی است که در عرف متعارف وجود دارد. و آیه می فرماید: اگر قراری بستید، نباید زیر قرارتان بزنید و شارع همان بنای عقل و عقلاء را امضاء می نماید، نه اینکه حرف جدید و بی سابقه ای آورده باشد. و عرف متعارف در اینگونه موارد امضاء می فهمد نه تأسیس. بنای عقلاء هم در مسئله ی قانون «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» الزامِ ما هوالمشروع است، یعنی اگر به یک چیزی که صحیح است و مشروعیت دارد، قراری بستید، باید ملزم به آن باشید. برداشت عرف از «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» در قانون خودشان، الزام ما هو المشروع است و الا مردمی که به تعبیر قرآن اصل اولی در آنها خسارت است و صالح بودن اشخاص به صورت استثنا است، اینطور نیست که اگر هر قراری بستند، ملزم به آن باشند. مثلاً اگر دو نفر با هم قرار بگذارند که آدم بکشند یا زنا کنند یا مرتکب سرقت شوند، نمی توانیم بگوییم که طبق این آیه باید ملزم به قرار خودشان باشند. در نتیجه اگر یک کاری خودش اشکال نداشت، ولی الزامی نبود، اگر دو نفر با هم قرار بر انجام آن بگذارند، طبق این آیه باید به این قرارشان پای بند باشند.

ص: ۴۴۲

۱- مائده/سوره۵، آیه۱.

۲- مکاسب، للشیخ الأنصاری، ج ۳، ص۴۰۵.

بنـابراین اگر مشـروعیت یـک قراری برای مـا روشن بود، ولی در لزوم موافقت آن شـک کردیم، از آیه ی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می توانیم الزام را کشف کنیم، اما اگر در اصل صـحت و مشروعیت معامله ای شک داشتیم مثل بحث فضولی، دیگر نمی توانیم به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تمسک کنیم.این اشکالی است که ما سابقاً هم به آن اشاره کرده بودیم.

پرسش: در بحث از کشف، راجع به این بحث می شود که از چه زمانی باید به عقد وفا کرد؟

پاسخ: اگر از اول عقـد فضـولی را مشـروع نـدانیم، اصـلاً وفـا هـم لازم نیسـت. پس ممکـن اسـت از اول بگـوییم که فضـولی مشروعیتی ندارد و عقد باید با إذن و امثال آن واقع شود.

عرض مـا این بود که برای تصـحیح فضولی و اثبـات اصـل مشـروعیت آن، نمی توان به آیه ی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تمسـک کرد. و صحت فضولی را باید از ادله و قرائن دیگر استفاده نماییم.

البته فعلاًـ بحث ما در این نیست که آیا «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» دلیل بر صـحت فضولی است یا نه و ما دلیل بودن آن را فرض کرده ایم یا صحت آن را از جاهای دیگر استفاده نموده ایم.

مرحوم شـیخ می فرماید: چون آیه ی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» خطاب به عاقدین است و مالک هم بعد الاجازه عاقد می شود، بنابراین از این آیه کشف اسـتفاده نمی شود. مـا قبلاً هم عرض کردیم که نتیجه ی خطاب این آیه به عاقـدین، عبارت از این نخواهـد بود که خطـاب به خصوص مالکین صورت گرفته باشـد تا در نتیجه بگوییم که این آیه شامل صورتی که حتی علم به تعقب اجازه باشـد، نمی شود، زیرا خطـاب به مالکین است و شـخص عاقـد هم قبلاً مالک نبوده است. مرحوم شـیخ خطاب به عاقـدین را با خطاب به مالکین یک چیزی به حساب آورده است و لذا می توانیم در فرمایش ایشان مناقشه بکنیم.

پرسش: مراد از عاقد کسی است که التزام را به عهده می گیرد، یا کسی که صیغه را اجرا می کند؟ مثلاً وقتی برخی اشخاص صیغه ی عقد نکاح را می خوانند، آیا خود این اشخاص عاقد هستند یا زوجین عاقد هستند؟

پاسخ: شخص فضولی خودش قرار گذاشته است و نمی توانیم بگوییم که فضولی عاقد نیست، زیرا فضولی مستقل است. البته اگر فضولی استقلالی نداشته باشد، حرف دیگری است، ولی چون فضولی در عقدش استقلال دارد و عمل او صرف لفظ نیست، بلکه بر اساس یک حساب و کتاب و علم به تعقب اجازه، این کار را انجام داده است، با موردی که شخص فقط صیغه ی عقد را می خواند، فرق دارد.

گاهی اوقات، مالک همه ی کارها را انجام می دهد و فقط اجرای صیغه بر عهده ی شخص دیگر می باشد و اینگونه موارد غیر از این است که شخص فضولی به صورت مستقل عقدی را انجام داده است.

فرمایش مرحوم شیخ

مطلب دیگری که مرحوم شیخ می فرماید، عبارت از این است که وقتی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بعد الاجازه شامل مالک است، پس بنابراین، قبل از اجازه وفا در کار نیست و در نتیجه وقتی وفا نیست، ملکیتی هم وجود ندارد. لازمه ی ملکیت، وفا است و زمانی که وفا نباشد، ملکیت هم نخواهد بود.

نقد فرمایش مرحوم شیخ

عرض ما عبارت از این است که اگر هم فرضاً ما فرمایش ایشان را قبول کرده و گفتیم که «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مربوط به مالک است، باید ببینیم که آیا «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مفهوم هم دارد یا نه؟

البته این مطلب درست است که در جایی که وفا نیست، ملکیت هم نیست، زیرا لازمه ی ملکیت، وجوب وفا است، ولی در موردی هم که «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل آن نشده باشد، آیا می توانیم بگوییم که ملکیتی هم در کار نیست؟!

اگر هم فرضاً بگوییم که «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مخصوص مالکین است، نمی توان اینطور نتیجه گیری کرد که در عقد غیر مالک مأذون از طرف مالک یا عقد فضولی با علم به تعقب اجازه هم ملکیتی نیست. «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وجود ملکیت در این موارد را نفی نمی کند.

البته در جایی که اصل وفا نباشد، ملکیتی هم نیست، زیرا لازمه ی ملکیت، وفا است، اما در صورتی که «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل برخی موارد نشده باشد، نمی توان اینطور نتیجه گیری کرد که ملکیتی هم در کار نیست، چون «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» چنین مفهومی ندارد که فقط چیزی لازم المراعاه است که عنوان «عقد المالک» بر آن صدق کند. این اشکال دومی بود که عرض می کردیم.

البته ممکن است بگوییم که منظور مرحوم شیخ از «لاوفاء» عبارت از این است که آقایان «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» را ادله ی کشف گرفته اند، ولی این آیه دلیل بر مدعی نیست.

شاید نظر مرحوم شیخ این باشد، ولی در ادامه اینطور نتیجه گیری می کند که به «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» هم نمی شود تمسک کرد.

عرض ما عبارت از این است که اگر «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مورد فضولی را نگرفته باشد و مفهومی هم نداشته باشد، چرا «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» شامل آن نشود و چرا از این آیه کشف را استفاده نکنیم.

ص: ۴۴۵

بنابراین، این قسمت فرمایش ایشان که «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ» را شامل مورد بحث نمی داند، تمام نبوده و محل مناقشه است.

بیان فرمایش مرحوم آقای خوئی

در مقابل فرمایش مرحوم شیخ، مرحوم آقای خوئی هم بیان دیگری دارند.

ایشان می فرمایند : مرحوم شیخ بعد از اینکه خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» را بعد الاجازه متوجه مالک می کنند و ما هم این فرمایش ایشان را قبول داریم، ولی نتیجه گیری ایشان برای اثبات نقل و ابطال نظریه ی کشف درست نیست، زیرا درست است که اعتبار ملکیت بعد الاجازه می آید، ولی ما باید زمان معتبر را در نظر بگیریم.

به عبارت دیگر، زمان اعتبار بعد الاجازه است، ولی زمان معتبر، زمان العقد است.

اشکال اول عبارت از این بود که در متعلق عقد زمان نخوابیده است، ولی اشکال دوم بر این اساس مطرح شد که در متعلق عقد زمان خوابیده است و فضولی ملکیت را از زمان عقد برای مشتری قرار داده است. اجازه هم ناظر به همان چیزی است که مفاد عقد است و تبعیضی در مفاد عقد واقع نمی شود. مفاد عقد هم که عبارت از ملکیت طرف مقابل از همان زمان عقد است.

پس بنابراین، اعتبار بعد الاجازه است، ولی ظرف معتبر حین العقد است و این فاصله بین اعتبار و معتبر یک امر طبیعی است، همین طوری که در باب وصیت، موصی در حال حیات اعتبار می کند، ولی ملکیتی که مُنشأ اوست بعد از ممات است. پس اعتبار می تواند فعلی باشد، ولی معتبرش در سابق قرار داشته باشد.

بعـد هم ایشان می فرماینـد: همان طوری که در باب اجاره اگر فضولی یک چیزی را اجاره داد و بعد از چند روز مالک آمد و این اجاره را امضاء کرد، مستأجر از اول زمان اجاره مالک منفعت می شود، در حالی که اعتبار ملکیت بعد الاجازه است، ولی ملکیت منفعت از اول عقد حاصل می شود، همان طوری که در اجاره فضولی این طور است، در باب بیع هم مطلب همین طور است.

بعـداً هم می فرماینـد که طبق نظر ما، معتبر از اول سابقه دارد و ما نمی خواهیم قائل به کشف حقیقی بشویم تا شـما بگویید که بر خلاف عقل است. ما نمی گوییم که اگر مثلاً شخصـی می داند که بعداً اجازه خواهد آمد، تصرفات جایز باشد و بتواند نقل و انتقال کند، ما چنین چیزی نمی گوییم. حتی قائل به کشف حکمی هم نیستیم که از اول به منزله ی ملکیت بدانیم.

خلاـصه اینکه مـا قائـل به تنزیل هم نیستیم، بلکه ما اعتبار می کنیم که سـنخ دیگری در کشف است و اشـکالی هم بر آن وارد نمی باشد. البته ظاهرا مرحوم آقای خویی تعبیرشان کشف انقلابی است.

اشکال استاد بر فرمایش آقای خوئی

راجع به این قسـمت فرمایش ایشان که مسئله ی اجاره را مطرح فرمودند، باید بگوییم که این بحث فضولی در باب اجاره، یک امر مسـلمی نیست و فضولی در بـاب اجاره همماننـد فضولی در باب بیع است و اینطور نیست که فضولی در اجاره از نظر بنای عقلاء یک معنای خاصـی داشـته باشـد یا حدیث خاصـی در باب اجاره وارد شده باشد که در باب بیع چنین مطلبی وارد نشده باشد که بخواهیم از باب اجاره برای فضولی در باب بیع استدلال کنیم.

ص: ۴۴۷

بنابراین، طبق قاعده هر چه راجع به بیع و اجاره بگوییم، از باب واحد است و این دو در این مسئله از هم جدا نیستند که با یکی نسبت به دیگری استدلال شود.

و اما راجع به فرمایش ایشان نسبت به وجود فاصله بین اعتبار و معتبر باید عرض کنیم که هر چند ممکن است چنین فاصله ای وجود داشته باشد، ولی در فرضی که مورد بحث ماست و آقای خوئی هم قبول کرده است، صرف الفرض نیست، بلکه این مقدمه برای ترتیب آثار است، زیرا شارع یا عقلاء کار لغوی انجام نمی دهند، بلکه یک جهاتی را ملاحظه می کنند و بر اساس آن جهات هم یک اعتباراتی می کنند.

بنابراین انسان می تواند نسبت به آتیه تصمیمی بگیرد و یک مقدماتی فراهم کند مثل شخصی که وصیت می کند و چنین اعتباری معقول است و هیچ اشکال عقلی و عقلائی هم ندارد، ولی در جایی که بخواهیم گذشته را منقلب کنیم، چنین تغییری قابل تصور نیست.

بنابراین می توانیم با توجه به کارهایی که بعداً انجام داده خواهد شد، برخی امور را به منزله ی واقع بدانیم و چنین تنزیلی اشکال ندارد، اما تغییر دادن کلی واقع معقول نیست.

فرمایش آقای نائینی

ایشان یک مطلبی از آقای نائینی نقل می کنند که اگر متعلق واحد شد، ولو زمان اعتبار مختلف باشد، یک متعلق واحد نمی تواند دارای دو حکم بشود و چنین چیزی محال است. مثلاً من ایجاب بکنم یک شیئی را که فردا تحریم شود. این محال است.

ص: ۴۴۸

آقای خوئی هم این استحاله را قبول می کند، ولی می فرماید: ما نباید این بحث را در باب تکلیفیات به باب وضعیات قیاس کنیم.

در باب تکلیفیات شخص نمی تواند دو تکلیف مختلف در دو زمان داشته باشد، زیرا منشأ تکلیف، وجود مصلحت در متعلق است و نمی شود یک چیزی هم مصحلت کامله داشته باشد و هم مفسده، ولی مصلحت در وضعیات در جعل است و حسابش از تکلیفیات جداست و نباید این دو باب را به هم قیاس بکنیم.

نقد ما بر فرمایش مرحوم نائینی و مرحوم خوئی

البته این مطلبی که آقای خوئی و آقای نائینی مستحیل دانسته اند، در عرفیات هیچ استحاله ای ندارد، زیرا در خیلی موارد اشخاص حتی در تکلیفیات قانونی را الزام می کنند، ولی بعد منصرف شده و مثلاً حکم به اباحه می کنند. این مطلبی که این دو بزرگوار می فرمایند، راجع به خداوند متعال که اشتباه و پشیمانی در او راه ندارد، درست است، ولی بحث ما راجع به خداوند نیست، بلکه بحث راجع به باب اعتباریات است و در باب اعتباریات هم نسبت به یک موضوع واحد دو اعتبار مختلف کردن در بشر معمولی هیچ اشکالی ندارد و فرقی هم ندارد که حکم تکلیفی باشد یا حکم وضعی.

و اما راجع به فرقی که آقای خوئی بین تکلیفیات و وضعیات گذاشته است، باید عرض کنیم که ایشان راجع به وضعیات این مطلب را قبول دارند که اگر در یک وقت دو اعتبار داشته باشیم که زمان معتبرش هم واحد باشد، یعنی هم موضوع واحد باشد و هم اعتبارش واحد باشد، چنین چیزی ممکن نیست، زیرا اعتبار نمی تواند لغو باشد و اگر اعتبار لغو نشد، نتیجه ی ملکیت هم عبارت از استقلال در تصرف است و ممکن نیست که در یک زمان واحد، هم مشتری استقلال در تصرف داشته باشد و هم بایع و این دو با هم جمع نمی شود.

ایشان می فرماینـد که این دو با هم جمع نمی شود، ولی اگر زمان اعتبار مختلف شـد و بین معتبر و اعتبار فاصـله شـد، اشـکالی ندارد.

عرض ما این است که در تناقض بایـد هشت وحدت را شـرط دانست که یکی از آنها وحدت موضوع است. اگر مخبربه ما در زمان واحـد باشـد، مبتلای به تناقض خواهیم شـد، مثلاً اگر من خبر می دهم که فلان قضـیه ده روز قبل واقع شد و یک ساعت دیگر هم نقیض آن را به ده روز قبل نسـبت بـدهم، هر دو قضـیه نمی تواند صـحیح باشد ولو اینکه ظرف إخبار مختلف بوده و در دو زمان واقع است و نمی شود دو شیء راجع به یک موضوع واقع شود و لو اینکه زمان إخبار مختلف باشد.

خود آقای خوئی هم این مطلب را قبول دارد که کشف از این می کنیم که شـخص مالک هم یک سلطه و استقلال در تصرفی داشـته است و اگر ما در یک زمان واحـد بخواهیم هم مالک را مسـتقل در تصـرف بدانیم و هم مشتری را مسـتقل در تصـرف بدانیم، هر چند که زمان اعتبار هم مختلف باشد، چنین چیزی درست نیست و این دو با هم قابل جمع نمی باشند.

ایشان خلاصه به چنین چیزی ملتزم شده و می فرمایند که ما قائل به مطلبی هستیم که غیر از کشـفی است که آقایان قائل به آن هستند.

البته به نظر مـا می رسـد که چنین چیزی نمی شود و این مطلب برای مـا قابـل حل نیست که یک چیزی از آنچه که بوده است، منقلب شود و نسبت به گذشته نمی توان کاری کرد.

ص: ۴۵۰

در تنزیـل می توان گفت که بر فرض مالـک بودن مشتری از اول، نمائـات هم مال او بود و ما در اینجا با این مشتری، معامله ی مشتری نمائات می کنیم، ولی نمی توانیم وضع خود گوسفندی را که فروخته شده است را تغییر بدهیم. این تنزیلی که راجع به نمائات می شود، ممکن است همـان کشف حکمی باشـد، ولی نمی توانیم بـا این بیانات کشف حقیقی در اینجا درست کنیم، مگر اینکه بگوییم: چون علم به تعقب بوده است، شارع حکم کرده است که این مال، از همان ابتـداء مال مشتری است که این یک بحث دیگری است.

اقتضاء قواعد، عمومات و روایات راجع به نقل یا کشف ۹۳/۱۰/۲۸

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: اقتضاء قواعد، عمومات و روایات راجع به نقل یا کشف

قول اقوی بر حسب قواعد و عمومات

«و قـد تبیّن من تضاعیف کلماتنا: أنّ الأنسب بالقواعـد و العمومات هو النقل، ثمّ بعده الکشف الحکمی، و أمّا الکشف الحقیقی مع کون نفس الإجازه من الشـروط، فإتمامه بالقواعد فی غایه الإشکال» (۱) مرحوم شیخ می فرماید: از مطالبی که ذکر کردیم، آنچه که به حسب قواعد و عمومات به نظر می رسد اقوی، نقل است و بعد از آن کشف حکمی.

قول اقوی بر حسب روایات

ایشان می فرمایـد: هر چنـد که طبق قواعد ما نقل را ترجیح می دهیم، ولی در این مسئله روایات خاصه ای وجود دارد که طبق آنهـا کشف اقرب می باشـد. البته این روایات نسبت به کشف حقیقی صـریح نیست، حتی ظهور هم نـدارد. کأن طبق فرمایش شیخ، این روایات صلاحیت دلالت بر کشف حکمی را دارند.

۱- مکاسب، شیخ الأنصاری، ج ۳، ص۴۰۸.

صحیحه محمد بن قیس

«عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَیْسٍ عَنْ أَبِی جَعْفَرٍ ع قَـالَ: قَضَـی أَمِیرُ الْمُـؤْمِنِینَ ص فِی وَلِیـدَهٍ بَاعَهَـا ابْنُ سَـیِّدِهَا وَ أَبُـوهُ غَـائِبٌ فَاسْـتَوْلَدَهَا الَّذِی اشْتَرَاهَـا فَوَلَـدَتْ مِنْهُ غُلَامـاً ثُمَّ جَـاءَ سَـیِّدُهَا الْـأَوَّلُ فَخَاصَمَ سَـیِّدَهَا الْآخَرَ فَقَالَ وَلِیـدَتِی بَاعَهَا ابْنِی بِغَیْرِ إِذْنِی فَقَالَ الْحُکْمُ أَنْ یَأْخُذَ وَلِیـدَتَهُ وَ ابْنَهَا فَنَاشَـدَهُ الَّذِی اشْتَرَاهَا فَقَالَ لَهُ خُـذِ ابْنَهُ الَّذِی بَاعَکَ الْوَلِیـدَهَ حَتَّی یَنْقُـدَ لَکَ الْبَیْعَ فَلَمَّا أَخَذَهُ قَالَ لَهُ أَبُوهُ أَرْسِلْ ابْنِی قَالَ لَا وَ اللَّهِ لَا أُرْسِلُ إِلَیْکَ ابْنَکَ حَتَّی تُرْسِلَ ابْنِی فَلَمَّا رَأَی ذَلِکَ سَیِّدُ الْوَلِیدَهِ أَجَازَ بَیْعَ ابْنِهِ.» صحیحه ی محمد بن قیس- همان طوری که شهید اول فرموده است (۱) - ظهور در کشف دارد. مرحوم شیخ قبول می کند که این روایت ظهور در کشف دارد، منتهی نه در کشف حقیقی، بلکه هم می تواند کشف حقیقی باشد و هم کشف حکمی. در این صـحیحه شخصـی کنیز پدرش

را به دیگری به صورت فضولی فروخته و در مقابل آن پولی گرفته است. طرف مقابل هم به حسب ظاهر مالک کنیز شده و با او مباشرت کرده و از او بچه ای به دنیا آمده. بعداً هم پدر آمده و متوجه این مطلب شده و نسبت به این معامله اعتراض کرده، ولی بالاخره با یک مقدماتی نسبت به آن اجازه داده است. این معامله ای که در روایت به آن اشاره شده است، فضولی است و با اجازه تصحیح شده است.

این روایت – همان طوری که شهید اول فرموده– ظهور در کشف دارد نه در نقل، زیرا این روایت ظهور در این دارد که این کنیز یک مدت طولانی، مثلاً دو سال در اختیار مشتری بوده است و او هم از این کنیز تمتع پیدا کرده و کار کشیده است و همه ی اینها اجرت دارد و اگر قرار بر این باشد که مشتری بعد از اجازه مالک شود، باید اجرت این مدتی که کنیز در اختیار مشتری بوده، محاسبه می شد، در حالی که حضرت هیچ اشاره ای به این مطلب نفرموده است که مشتری اجرتی بابت این مدت به مالک بپردازد. مشتری پول را به پسر مالک داده با این که او مالک نشده بود و حضرت نفرموده تو ضامن پول هستی، از همین استفاده می شود که نقل درست نیست و حضرت از زمان عقد این شخص را مالک فرض کرده است، منتهی ممکن است که این کشف، کشف حکمی باشد و تنزیل به منزله ی کشف شده باشد. بنابراین نمائات و بعضی جهات دیگر بنا بر کشف حکمی مال مشتری است نه مال مالک. درست است که شارع می گوید: مشتری از اول مالک نشده است، ولی تنزیلاً به منزله این خواهد بود که از اول مالک شده است و شارع او را از اول مالک حساب کرده است و او را الزام نکرده است که اجرت این مدت را بپردازد. بنابراین، صحیحه محمد بن قیس ظاهر در کشف است و نقل بر خلاف ظاهر این روایت است، منتهی این روایت صلاحیت دارد که کشف حکمی باشد.

ص: ۴۵۲

۱– الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه، الشیخ الأنصاری، ج ۳، ص۲۳۳.

موثقه جمیل

مرحوم شیخ در ادامه می فرمایـد: «والاخبار التی بعـده». یکی از اخباری که بعـداً ذکر شده است، موثقه ی جمیل است.«جَمِیلٍ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ ع فِی رَجُلٍ دَفَعَ إِلَی رَجُلٍ مَالًا- یَشْتَرِی بِهِ ضَرْباً مِنَ الْمَتَاعِ مُضَارَبَهً- فَذَهَبَ فَاشْتَرَی بِهِ غَیْرَ الَّذِی أَمَرَهُ- قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَ الرِّبْحُ بَیْنَهُمَا عَلَی مَا شَرَطَ.» (۱) در این روایت یـک کسـی به شـخص دیگری به عنـوان مضـاربه پولی داده که فلان جنس را بخرد و با آن کاسبی کنـد، ولی او جنس دیگری خریده است. این عقد فضولی است، زیرا مورد إذن صاحب پول امر خاصـی بوده، ولی این شـخص با نظر او مخالفت کرده است. حضرت می فرماید اگر در این معامله سودی واقع شد، بین هر دو تقسـیم می شود، ولی اگر ضـرری واقع شـد، شـخص عامـل ضامن است، زیرا بـدون إذن در پول غیر تصـرف کرده است. طبق فرمایش حضـرت، در صورت ربح، معامله صـحیح است و مطابق همان قراری که بسـتند، یک سـهمی مال عامل و یک سهمی هم مال مالک عین خواهـد بود. ایشان می فرمایـد: اگر ما اطلاق اولی این روایت را در نظر نگیریم، ظاهر ابتدائی آن عبارت از این خواهـد بود که در فرض ربـح معامله، هر چنـد که مالک إذن نـداده است، ولی به جهت ربحی که حاصل شده است، طبعاً نسبت به این معامله اجازه می دهد. ما مورد روایت را حمل بر فضولی می کنیم که غالباً هم این طوری واقع می شود.

۱- وسائل الشیعه، شیخ حر عاملی، ج ۱۹، ص۱۸، کتاب المضاربه، ح۹، ط آل البیت.

ولی در صورتی که شخص در معامله ضرر کرد، مالک نسبت به آن توافق نمی کند، در حالی که در صورت نفع، غالباً نسبت به معامله توافق می نماید. بنابراین، اگر ما این روایت را به صورت اجازه حمل کردیم، قهراً این مسئله جزء مسائل تصحیح شده ی فضولی می شود. روایت می گوید: اگر ربحی حاصل شد، الربح بینهما.

در معامله ای که واقع می شود، گاهی غیر از اصل بیع، یک نمائاتی هم حاصل می شود، مثل اینکه شخص پولی گرفته است که فلان چیز را بخرد، ولی او یک باغ میوه ی بیست میلیونی را به ده میلیون خریده است و در معامله سود نموده است. طبق روایت، این سود مشترک بین طرفین است و از روایت اینطور استفاده می شود که با اجازه ی مالک، طرفین هم در سود اصل معامله با هم مشترک خواهند بود و هم در میوه ها و ثمراتی که در این مدت برای این باغ حاصل شده است. بنابراین، از این روایت کشف استفاده می شود، ولی اگر مشتری بعد از اجازه مالک شده باشد، دیگر نباید در نمائات و امثال آن سهمی داشته باشد. ظاهر این روایت عبارت از این است که هر دو نفر در نمائات هم شرکت دارند و از همین جهت ظهور در کشف پیدا می کند.

روایات اتجار با مال یتیم

روایات دیگری هم به این مضمون وجود دارد که غیر ولیّ با مال یتیم تجارت کرده که در صورت ربح، ربح مال یتیم است، «الربح للیتیم» (۱) (۲) (۳) (۴) (۵) . طبق این روایت، علاوه بر اینکه این معامله صحیح است، تمام منافعی هم که حاصل شده، مانند نسلی که از حیوان خریداری شده به وجود آمده، به حسب ظاهر مال یتیم است و قهراً این روایت سازگار با کشف است، هر چند ممکن است که کشف حکمی باشد، نه کشف حقیقی و در نتیجه، نمائات متعلق به یتیم خواهد بود، ولی بعد از اجازه، مالک اصل حیوان خواهد شد.

۱- وسائل الشیعه، الشیخ الحر العاملی، ج۹، ص۸۷، أبواب من تجب علیه الزکاه، باب۲، ح۲، ط آل البیت.
۲- وسائل الشیعه، الشیخ الحر العاملی، ج۹، ص۸۹، أبواب من تجب علیه الزکاه، باب۲، ح۷، ط آل البیت.
۳- وسائل الشیعه، الشیخ الحر العاملی، ج۹، ص۸۹، أبواب من تجب علیه الزکاه، باب۲، ح۸، ط آل البیت.
۴- وسائل الشیعه، الشیخ الحر العاملی، ج۱۷، ص۲۵۷، أبواب مایکتسب به، باب۷۵، ح۲، ط آل البیت.
۵- وسائل الشیعه، الشیخ الحر العاملی، ج۱۷، ص۲۵۷، أبواب مایکتسب به، باب۷۵، ح۳، ط آل البیت.

معنای کشف حکمی در اینجا عبارت از این است که شخص قبل از اجازه مالک نخواهد بود، ولی باید آثار ملکیت از اول بار شود و قهراً نمائات بایـد مـال یتیم حسـاب شود. خلاـصه، روایات اتجار به مال یتیم هم با کشف می سازد ولو اینکه کشف را کشف حکمی بدانیم.

روایت عبد مأذون

البته ما به اخبار بعدی مراجعه کردیم که هیچ ظهوری در کشف ندارند و با نقل هم می سازد.

یکی از این روایات، روایت عبـدِ مأذون است:«عَنِ ابْنِ أَشْـیَمَ عَنْ أَبِی جَعْفَرٍ ع عَنْ عَبْـدٍ لِقَوْمٍ مَأْذُونٍ لَهُ فِی التِّجَارَهِ دَفَعَ إِلَیْهِ رَجُلٌ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَقَالَ لَهُ اشْتَرِ بِهَا نَسَـمَهً وَ أَعْتِقْهَا عَنِّی وَ حُجَّ بِالْبَاقِی ثُمَّ مَاتَ صَاحِبُ الْأَلْفِ فَانْطَلَقَ الْعَبْدُ فَاشْتَرَی أَبَاهُ فَأَعْتَقَهُ عَنِ الْمَیِّتِ وَ دَفَعَ إِلَیْهِ الْبَاقِیَ یَحُجُّ عَنِ الْمَیِّتِ فَحَجَّ عَنْهُ فَبَلَغَ ذَلِکَ مَوَالِیَ أَبِیهِ وَ مَوَالِیَهُ وَ وَرَثَهَ الْمَیِّتِ جَمِیعاً فَاخْتَصَـمُوا جَمِیعاً فِی الْأَلْفِ فَقَالُوا مَوَالِی مُعْتِقِ الْعَبْـدِ إِنَّمَـا اشْتَرَیْتَ أَبَـاکَ بِمَالِنَا وَ قَالَ الْوَرَثَهُ إِنَّمَا اشْتَرَیْتَ أَبَاکَ بِمَالِنَا وَ قَالَ مَوَالِی الْعَبْـدِ إِنَّمَا اشْتَرَیْتَ أَبَاکَ بِمَالِنَا فَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ ع أَمَّا الْحَجَّهُ فَقَدْ مَضَتْ بِمَا فِیهَا لَا تُرَدُّ وَ أَمَّا الْمُعْتَقُ فَهُوَ رَدٌّ فِی الرِّقِّ لِمَوَالِی أَبِیهِ وَ أَیُّ الْفَرِیقَیْنِ بَعْدُ أَقَامُوا الْبَیِّنَهَ أَنَّهُ اشْتَرَی أَبَاهُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ کَانَ لَهُمْ رِقّاً.» (۱) یک عبدی مملوک جماعتی است و یک جمعی مالک این عبد هستند، ولی این عبد مأذون در تجارت است و حق تجارت دارد. یک کسـی هزار درهم به این عبـد داده و می گویـد: با این پول عبدی را از طرف من بخر و آزاد کن و بعـد از طرف من حـج بجا بیاور. این صاحب پول که هزار درهم به عبـد داده، بعداً فوت کرده و این عبد هم بر حسب وصـیتی که به او شده است، پدر خودش را خریده و از طرف صاحب پول آزاد نموده و بعد هم پدر خودش را به حج فرستاده است. از عبارت اینطور فهمیده است که مراد صاحب پول این بوده است که حج بجا آورده شود و خصوصیتی در این که چه کسـی حج بجا بیاورد، نبوده است و لذا این عبد هم پدرش را برای این کار انتخاب کرده است که نسبت به احکام و اعمال حـج از او آگاه تر بوده است. این عمل خارج واقع شـده است، ولی بین سه دسته اختلافی حاصل شده است. این عبد چند مولی داشته است که موالی او می گویند: این عبد با پول ما این عبد را خریداری کرده است. ورثه میت هم می گویند که ما غیر از هزار درهمی که پـدرمان به این عبـد بود، نزد او پولی داشتیم که با پول ما این عبـد را خریده است. آن کسـی هم که این عبـد را فروخته است، مـدعی این مطلب است که این عبـد بـا پـول خود او این عبـد را خریـداری کرده است و قهراً در این صورت ثمن و مثمن هر دو مال ما بوده است. این گروه سوم قهراً فساد معامله را ادعاء می کننـد، ولی دو گروه دیگر ادعاء می کنند که با پول آنها این عبد خریداری شده است و بعد از اجازه قهراً این عبد مال آنها خواهد بود.

۱- تهذیب الأحکام، الشیخ الطوسی، ج ۷، ص۲۳۵.

حضرت اول می فرمایند که باید بر طبق استصحاب عمل شود و آن عبد به ملک مالک اصلی ردّ شود. یعنی اشتراء باطل شود و ابتداءً به حسب حکم ظاهری بگوییم که اشتراء واقع نشده است.

آن دو دسته ی دیگر هم باید بینه بیاورند تا ادعاءشان ثابت شود. با توجه به اینکه اینها اجازه داده اند، اگر هر کدامشان بینه بیاورد، عقد تصحیح شده و عبد ملک او خواهد شد. در اینجا گفته اند که عقد فضولی است و با اجازه تصحیح شده است. البته از این روایت استفاده نمی شود که شخص در چه زمانی مالک شده است.

آیا با قیام بینه، شخص از همان وقتی که عقد واقع شده، مالک می شود یا از زمانی که اجازه داده می شود، ملکیت حاصل می شود؟ چیزی از این روایت استفاده نمی شود.

از سایر روایات هم چیزی استفاده نمی شود که آیا اجازه در عقد فضولی ناقل است و شخص بعداً مالک می شود، یا اینکه کاشف از ملکیت حین العقد است؟

شیخ اینطور تعبیر می کند که صحیحه ی محمد بن قیس و الاخبار التی بعدها. من احتمال می دهم که مراد شیخ از «الاخبار التی بعدها»، عبارت از آن اخباری باشد که بلافاصله بعد از صحیحه قرار گرفته است مانند موثقه جمیل و روایات اتجار با مال یتیم. اخبار مال یتیم، یک خبر واحد نیست و خود شیخ هم می گوید که «الاخبار التی..» که غیر ولی با مال یتیم معامله کرده است. مراد شیخ عبارت از این است.

به هر حال از بعضی روایات کشف استفاده می شود، ولی باید ببینیم که آیا این کشف حقیقی است یا حکمی.

ص: ۴۵۶

صحیحه حذاء

صحیحه ی ابوعبیـد حذاء با کشف حقیقی می سازد. در این روایت شخصـی که پدر و جدّ نبوده، یک صـغیر و یک صـغیره را عقـد کرده است. بعـد هم که شوهر بزرگ شـده و بـا توجه به اینکه عقـد بـدون اجازه ی ولی بوده، فضولی بوده است. یا باید ولی اینهـا اجـازه می داد و یـا بعـد از اینکه بزرگ شدنـد و صـلاحیت پیـدا کردنـد، خودشان اجازه بدهنـد. در اینجا هم شوهر بزرگ شده و صـلاحیت اجازه پیدا کرده و می گوید: من این عقد را اجازه کردم. با توجه به اینکه عقد طرفینی است، باید زن هم اجازه بدهد. شوهر اجازه داده و مرده است و در زمان مرگ او زن صغیره بوده است و بعد از اینکه کبیره شد، اجازه داده و می گوید که من با آن ازدواجی که غیر ولی انجام داده بود، موافقتم را اعلام می کنم.

در اینجا حضـرت فرموده است که این زن باید قسم بخورد، چون الان شوهری ندارد و چون اثر خارجی این کار عبارت از این است که از شوهرش ارث ببرد، چنین شـبهه ای وجود دارد و لذا باید قسم بخورد که منهای چنین اثر خارجی، واقعاً می خواهد که چنین شوهری داشته باشد.

گاهی می شود که زن یک شخصی بودن هم افتخار به حساب می آید و باید این زن قسم بخورد که من برای ارث این کار را نمی کنـم و اگر هم ارثی در کـار نبـود، بـاز هم نفس این ازدواج برای من مطلـوب بـود. در این صـورت ازدواج بـا این اجـازه تصحیح می شود.

ص: ۴۵۷

در این ازدواج که حکم به صحت شده و نسبت به مال هم قبلًا باید عزل کنند و مال را تقسیم نکنند، این روایت صلاحیت برای نقل ندارد، زیرا معنای صلاحیت نقل عبارت از این است که این زن بعد از مردن مرد، زن او شده است. چنین چیزی اعتبار عقلائی ندارد که تا حالا زنش نبوده و الان زن او شده است.

این زن، از اول زن آن شوهر بوده و ارث هم برده است و لذا به نحو کشف حقیقی است در خصوص این مورد مسئله ی کشف حقیقی اثبات می شود.

پرسش: ... پاسخ: می گوید: من راضیم که از همان موقعی که عقد شده است، من زن او شده باشم. یعنی من نسبت به کاری که غیر ولی انجام داده، موافقت خودم را اعلام می کنم. شاید یک افتخاری برای شخص باشد که زن فلان کس یا عروس فلان کس باشد.

پرسش: چرا کشف حکمی این جا اشکال دارد؟

پاسخ: کشف حقیقی چه اشکال دارد! یعنی این زن، واقعاً زن آن شوهر شده باشد، نه اینکه زن و شوهر نباشند و فقط از هم ارث می برند.

ظاهر این روایت عبارت از همین است. حتی کشف حکمی هم باشد، معامله و نقل و انتقال بعد الاجازه تصحیح می شود. آیا این روایت را می شود گفت که حقیقتاً نقل است؟! یعنی این زن تا الان زنش نبوده و از حالا به بعد زن و شوهر شدند؟! چنین اعتبار عقلائی نیست که بگوییم: نقلٌ فی الحقیقه، و به حسب احکام، ینزّل بمنزله الفلان. این زن از اول زن آن شوهر بوده و لذا ایشان می فرماید که ظهور روایت بر خلاف نقل است.

ص: ۴۵۸

ثمره قول به کشف حقیقی و کشف حکمی ۹۳/۱۰/۲۹

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: ثمره قول به کشف حقیقی و کشف حکمی

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه بعد از اشاره به اقتضاء قواعد و روایات راجع به کشف و نقل، به بیان ثمره قول به کشف حقیقی و کشف حکمی می پردازند. و در ادامه به چگونگی تصور احداث جواز نسبت به قبل از اجازه و نظر مرحوم آقای خوئی در این باره اشاره نموده و سپس نظر خود را راجع به این مسئله بیان می نمایند. در آخر بحث هم عبارت مرحوم شیخ راجع به ثمره قول به کشف حقیقی و حکمی بررسی می شود.

کشف یا نقل به حسب قواعد و روایات

مرحوم شیخ می فرماید: از بیاناتی که تاکنون ذکر شد، استفاده می شود که انسب با قواعد، قول به نقل است، بعد کشف حکمی و بعد کشف حقیقی. ولی از روایات، کشف استفاده می شود، منتهی بحث در این است که این کشف، کشف حقیقی است یا حکمی؟ در برخی از روایات، هیچ ظهوری راجع به حقیقی یا حکمی بودن وجود ندارد، ولی صحیحه ی ابی عبید حذاء که صغیره ای را غیر ولیّ عقد کرده، ظاهر در کشف حقیقی است.

انواع کشف در کلام مرحوم شیخ

«و قد تحصّل ممّا ذکرنا: أنّ کاشفیه الإجازه علی وجوه ثلاثه: أحدها و هو المشهور-: الکشف الحقیقی و التزام کون الإجازه فیها شرطاً متأخّراً. و الثانی: الکشف الحقیقی و التزام کون الشرط تعقّب العقد بالإجازه لا نفس الإجازه؛ فراراً عن لزوم تأخّر الشرط عن المشروط، و التزم بعضهم بجواز التصرّف قبل الإجازه لو علم تحقّقها فیما بعد. الثالث: الکشف الحکمی، و هو إجراء أحکام الکشف بقدر الإمکان مع عدم تحقّق الملك فی الواقع إلّا بعد الإجازه». (۱) از کلمات ایشان استفاده می شود که کشف حقیقی به دو گونه قابل تصویر است: یکی اینکه برای صحت فضولی، نفس اجازه شرط باشد، و دیگر اینکه تعقب الاجازه – که امری مقارن با عقد است- شرط باشد.

ص: ۴۵۹

۱- مکاسب، شیخ انصاری، ج ۳، ص۴۰۸.

البته قسم سومی هم وجود دارد که در اینجا به حساب نیاورده اند و آن عبارت از این است که ما اجازه را شرط بدانیم، ولی معنای اصطلاحی یا استعمالی شرطیت اجازه عبارت از این باشد که تعقب، متوقف علیه عقد باشد. به عبارت دیگر، خود اجازه متوقف علیه عقد نیست، بلکه تعقب به آن متوقف علیه عقد است که این از نظر واقع همان شرطیه التعقب است. ایشان این قسم را ذکر نکردند، زیرا این مطلب اختلافی نیست تا راجع به ثمراتش بحث شود، بلکه یک اصطلاح است و اصطلاح هم اختلاف ثمره نمی آورد، ولی اینکه حقیقتاً شرط عبارت از اجازه باشد یا تعقب الاجازه، دو تصوری است که دارای ثمره می باشد.

ثمره قول به کشف حقیقی

«أمّا الثمره علی الکشف الحقیقی، بین کون نفس الإجازه شرطاً، و کون الشرط تعقّب العقد بها و لحوقها له، فقد یظهر فی جواز تصرّف کلٍّ منهما فیما انتقل إلیه بإنشاء الفضولی إذا علم إجازه المالک فیما بعد. و أمّا الثمره بین الکشف الحقیقی و الحکمی مع کون نفس الإجازه شرطاً، یظهر فی مثل ما إذا وطئ المشتری الجاریه قبل إجازه مالکها فأجاز، فإنّ الوطء علی الکشف الحقیقی حرام ظاهراً؛ لأصاله عدم الإجازه، حلال واقعاً؛ لکشف الإجازه عن وقوعه فی ملکه» (۱) ایشان در بیان ثمره ی فقهی این اختلاف می فرمایند: اگر ما تعقب را شرط بدانیم و شخص هم بداند که بعداً تعقب اجازه حاصل خواهد شد، با توجه به اینکه شرط همین الان موجود است، تصرفات از همان اول برایش مجاز است و غیر از اینکه نقل و انتقال- که یک تصرف اعتباری است- برای او مجاز خواهد بود، تصرفات تکوینی هم مانند اعطاء و اخذ و اکل و شرب و امثال اینها مجاز خواهد بود. اما در صورتی که اجازه شرط باشد، با توجه به اینکه شرط هنوز نیامده است، جواز تصرف بعداً می آید.

ص: ۴۶۰

۱- مکاسب، شیخ انصاری، ج ۳، ص ۴۱۰.

فرق کشف حقیقی(شرط بودن نفس اجازه) با نقل

ایشان بر فرض کشف حقیقی و شرط بودن خود اجازه، می فرماید که جواز بعد از اجازه می آید و قبلاً جواز تصرف وجود ندارد. بحث ما در این است که این قسم چه فرقی با نقل دارد؟ در نقل هم بعد از اجازه جواز می آید. ایشان می فرماید که در کشف حقیقی با شرط بودن خود اجازه، بعد از اینکه اجازه آمد، جواز تصرف نسبت به قبل می آید. بحث ما در این است که چطور چنین چیزی قابل تصور است که بعد از اجازه، نسبت به قبل جواز حاصل بشود. باید ببینیم که نسبت به قبل چطور جواز احداث می شود؟ موجودات اعراضی دارند که مختلف است، مثلاً یک چیزی سیاه یا سفید است و ممکن است که این سیاهی و سفیدی در اثر مرور زمان به رنگ دیگر تبدیل شود. بنابراین ممکن است یک چیزی در روز جمعه سفید بوده، ولی در روز شنبه این رنگ منقلب به سیاهی شود، ولی اینکه در روز شنبه همین چیزی که در روز جمعه سفید بوده، منقلب به سیاهی در روز جمعه شود، امری محال است و استحاله ی عقلی دارد.

ولی در بعضی از امور، چنین انقلابی قابل تصویر است، مثلاً در روز جمعه حادثه ای واقع شده است که این حادثه برای ما مجهول است و این حادثه صفت مجهولیت برای ما دارد، مثل اینکه در روز جمعه زید از مسافرت آمده است یا فلان شخص متولد شده یا وفات کرده و یا فلان جنگ واقع شده است، ولی ما علم به این امور نداریم و این صفت مجهولیت به شیء در روز جمعه به قید زمان روز جمعه، برای ما وجود دارد. در روز شنبه این حادثه ی روز جمعه برای ما معلوم می شود و ما مثلاً قطع پیدا می کنیم که در روز جمعه فلان کس وفات کرده یا متولد شده یا فلان حادثه اتفاق افتاده است. سفیدی روز جمعه قابلیت این را ندارد که در روز شنبه همان سفیدی به سیاهی روز جمعه منقلب شود، ولی مجهول روز جمعه، با قید روز جمعه، در روز شنبه می تواند معلوم شود. به عبارت دیگر، مجهولیت نسبت به یک حادثه در روز جمعه منقلب به معلومیت نسبت به آن حادثه شده است. بنابراین، با حصول علم، وصف مجهولیت از قبل گرفته شده و معلومیت جایگزین آن می شود. نسبت به حبّ و بغض هم همین طور است و انسان با یک خصوصیاتی یک چیزی را قبلاً دوست نداشته یا اصلاً متوجه آن نبوده است، ولی همین چیز بعداً محل حبّ انسان قرار می گیرد.

خلاصه صفاتی مانند محبوبیت، مبغوضیت، معلومیت و مجهولیت قابل انقلاب، نسبت به قبل هم هستند و یکی از این امور هم فرض و اعتبار است که مثلاً- شما به قید روز جمعه یک چیزی را قبلاً فرض نداشتید، ولی الان با همان قید آن را فرض می کنید و عدم مفروضیت قبلی منقلب به مفروضیت می شود. بنابراین، فرض و اعتبار می تواند انقلاب پیدا کند، یعنی وصف مفروضیت از یک شیئی سلب شده و به ضدش تبدیل شود. بنابراین، این امور مانند سیاهی و سفیدی نیست که انقلاب نسبت به قبل در آنها محال است.

طبق فرمایش ایشان، چون ملکیت از امور اعتباری است، نه از امور تکوینی، لذا می شود کشف انقلابی نسبت به سابق پیدا شود؛ هر چند قبل از آمدن اجازه، تصرفات جایز نیست، ولی بعد از اجازه، این حکم اعتباری نسبت به سابق عوض می شود و هر چند در ابتداء اعتبار مالکیت برای بایع بوده است، ولی بعد از آمدن اجازه، اعتبار مالکیت از اول و حین العقد برای مشتری می شود. این مطلبی است که کسانی که قائل به کشف اند و اجازه را هم شرط می دانند، بیان کرده اند. ناقل بودن اجازه خیلی ساده است و با آمدن اجازه، ملکیت برای مشتری ثابت می شود و اعتبارش هم بعد از اجازه است وحرفی در آن نیست، ولی اشکال در صورتی است که بخواهیم با اجازه نسبت به قبل انقلاب حاصل شده و فرض را تغییر بدهیم.

انقلاب اعتبار نسبت به سابق

اگر بخواهیم مثلاً مقوله ی جده را برای مشتری فرض کنیم، اشکالی ندارد که صفت مفروضیت با همان قیودش عوض بشود، ولی برخی از فروض و اعتبارات مقدمه برای یک آثاری است، مثلاً اگر ملکیت برای کسی ثابت شد، تصرف شخص دیگر در ملک او، اگر توبه نکند و شفاعتی هم نشود، موجب گرفتاری او در جهنم خواهد بود و اینها امور تکوینی بوده و قابلیت انقلاب ندارند، مثلاً- قبلاً- شخص در آتش بوده و بعداً همین صفت انقلاب پیدا کند. بنابراین ممکن است که نفس فرض عوض شود، ولی آثار تکوینی هم مثل صفات سفیدی و سیاهی و امثال آن قابل انقلاب و تغییر نسبت به قبل نیستند و نمی شود گفت که دیروز هم در آتش می سوخته و هم دیروز نمی سوخته. خلاصه با توجه به مقدمه بودن امور اعتباری برای برخی امور تکوینی، چنین انقلابی نسبت به ما قبل قابل تصویر نیست.

بررسی نظر آقای خوئی راجع به انقلاب

از عبارتهایی که از آقای خوئی نقل کردیم، اینطور استفاده می شود که مثل اینکه ایشان قائل به انقلاب می باشند و بنده خیلی تعجب کردم که ایشان بین احکام تکلیفیه و احکام وضعیه فرق گذاشته است.

ایشان می گوید: در احکام تکلیفیه اگر ظرف معتبر واحد باشد، درست نیست و نمی شود که من در یک زمان هم اراده داشته باشم و هم کراهت داشته باشم. بنابراین متعلق احکام تکلیفیه ی متضاد نمی تواند واحد باشد، زیرا امور تکلیفی بر اساس مصالحی و مفاسدی است که در متعلق وجود دارد و الزام اقتضاء می کند که در فعل مصلحت باشد، تحریم هم اقتضاء می کند که در فعل مفسده باشد و نمی شود که یک فعل در زمان واحد، هم مصلحت کامله داشته باشد و هم مفسده کامله داشته باشد.

در احکام تکلیفیه مسئله اینطور است، ولی در حکم وضعی این چنین نیست و مصلحت در نفس الجعل است و اگر در خود جعل یک مصلحتی باشد که لغویت پیدا نشود، کافی است، لذا ایشان می فرمایند که در امور وضعی، شخص می تواند بر خلاف اعتباری که قبلاً کرده است، اعتبار دیگری بکند و این کار اشکالی ندارد.

البته ایشان می فرمایند که نمی شود دو اعتبار در آن واحد باشد، مثل اینکه در همان زمانی که ملکیت را برای بایع اعتبار کرده است، در همان لحظه برای مشتری هم اعتبار کند و این دو با هم قابل جمع نیستند، زیرا لازمه ی چنین چیزی عبارت از این است که هم بایع استقلال و تسلط کامل در تصرف داشته باشد و هم مشتری چنین استقلالی در تصرف داشته باشد و چنین چیزی امکان ندارد. بنابراین در آنِ واحد نمی شود چنین اعتباری کرد، ولی اعتبار در دو زمان اشکالی ندارد.

نظر استاد راجع به فرمایش آقای خوئی

ایشان می فرمایند که لازمه ی اعتبار عبارت از این است که شخص استقلال در تصرف داشته باشد. سؤال ما عبارت از این است که این استقلال باید در ظرف اعتبار باشد یا در ظرف معتبر؟ مثلاً شخصی وصیت می کند که بعد الوفات، فلان ملک برای موصی له باشد. در اینجا آیا استقلال تصرفی که برای موصی له اثبات می شود، مربوط به همین زمانی است که موصی در حال حیات است یا استقلال در تصرف مربوط به ظرف معتبر است که بعد از وفات شخص است؟ بلا اشکال استقلال در تصرف در ظرف معتبر است و در مورد بحث، قبلاً- معتبر عبارت از زمان سابق بوده است و الان هم اعتبار فعلی است و باز هم معتبر همان زمان سابق است و خلاصه اینکه از نظر معتبر، هر دو اعتبار به یک جا می خود و قهراً در مورد بحث باید در یک زمان واحد، هم استقلال تصرف برای زید باشد و هم برای عمرو، در حالی که چنین چیزی درست نیست. ایشان استقلال در تصرف را در زمان اعتبار حساب کرده و لذا می فرمایند که در یک زمان نمی شود دو اعتبار نسبت به این موضوع داشته باشیم, اما در صورتی که زمان اعتبار مختلف شد ولو اینکه معتبر واحد باشد، اشکالی نخواهد بود. ما نمی دانیم که چطور می شود این مطلب را تصور کرد؟!

خلاصه اینکه کشف انقلابی به این معنی که مصالح سابق و قبلی هم عوض بشود، قابل تصور نیست. بنابراین, مرحوم شیخ می فرمایند که بین کشف حقیقی به نحو تعقب و کشف حقیقی به نحو اینکه خود اجازه شرط باشد، چنین ثمره ای مترتب می باشد. بعد هم ایشان ثمره ی اختلاف بین کشف حقیقی و کشف حکمی را بیان می فرمایند.

ص: ۴۶۴

ایشان در این باره عبارتی دارند که به نظرم می رسد یا تصحیف در آن واقع شده باشد و یا سبق قلم است.

عبارت ایشان این است: «و أمّا الثّمره علی الکشف الحقیقی بین کون نفس الإجازه شرطا و کون الشّرط تعقّب العقد بها و لحوقها له فقد یظهر فی جواز تصرّف کلّ منهما فیما انتقل إلیه بإنشاء الفضولی إذا علم إجازه المالك فیما بعد» اگر تعقب شرط باشد، قبل از آمدن اجازه هر دو می توانند تصرف کنند، ولی اگر خود اجازه شرط باشد، باید صبر کنند و قبلاً نمی توانند تصرف بکنند، ولی اینکه بعداً منقلب بشود، یک بحث دیگری است.

این عبارت ایشان راجع به دو قسم از کشف حقیقی بود. در ادامه ایشان اینطور تعبیر می کند: «و أمّا الکشف الحقیقی و الحکمی مع کون نفس الإجازه شرطاً»، اگر اجازه را شرط بدانیم، فرق بین کشف حقیقی و حکمی در چه خواهد بود؟ «یظهر فی مثل ما إذا وطئ المشتری الجاریه»، مشتری قبل از اجازه ی مالك، جاریه را وطی کرده است. بنا بر کشف حقیقی به حسب حکم ظاهر کار خلاف شرع کرده است، زیرا با توجه به اینکه نمی دانیم که بعداً اجازه می آید یا نه، استصحاب می گوید که بعداً اجازه نمی آید، پس به حسب حکم ظاهر این کار حرام است، ولی فی علم الله چون اجازه می آید، بنابراین این کار جایز است. خلاصه اینکه ظاهراً جایز نیست، ولی فی علم الله جایز است. حال بحث در این است که خود ایشان قبلاً فرمود: اگر اجازه را شرط بدانیم و لو به نحو کشف حقیقی و شخص یقین داشته باشد که اجازه بعداً می آید، تصرفات جایز نیست، ولی اگر تعقب را شرط بدانیم و یقین به آمدن اجازه داشته باشیم، تصرفات جایز است.

ص: ۴۶۵

وطی جاریه اظهر مصادیق تصرفات است، چطور شما می گویید که این کار واقعاً جایز است! البته چون مشکوک است، ظاهراً جایز نیست! معنای این فرمایش ایشان این است که اگر مقطوع باشد، حتماً جایز خواهد بود، چون هم واقع و هم ظاهرش همه جایز خواهد بود. شما قبلاً گفتید که اگر شخص یقین داشته باشد که اجازه بعداً می آید، جواز تصرف ندارد، ولی چرا در اینجا این طور تعبیر کردید؟!

این عبارت را دوباره می خوانم: «و أمّا الثمره بین الکشف الحقیقی و الحکمی مع کون نفس الإجازه شرطاً، یظهر فی مثل ما إذا وطئ المشتری الجاریه قبل إجازه مالکها فأجاز، فإنّ الوطء علی الکشف الحقیقی حرام ظاهراً لأصاله عدم الإجازه، حلال واقعاً لکشف الإجازه عن وقوعه فی ملکه». من خیال می کنم که یا «نفس» تصحیف شده ی «تعقب» است و عبارت «نفس الاجازه» اینطور بوده است: «مع کون تعقب الإجازه شرطاً». یا اینطور است و یا سبق قلم مرحوم شیخ است که به جای «تعقب» کلمه ی «نفس» را به کار برده، ولی مرادش تعقب بوده است. اگر تعقب شرط باشد، به حسب ظاهر حرام است، زیرا معلوم نیست که این صفت تعقب حاصل شده باشد و اجازه ای بیاید، ولی چون اجازه ی واقعی بوده است، حلال واقعی است. بنابراین اگر یقین به تعقب باشد، وطی هم جایز است و هیچ فرقی با تصرفات دیگر ندارد. این تعبیر باید غلط باشد و الا ما معنای آن را نمی فهمیم.

ثمره قول به کشف حقیقی و کشف حکمی ۹۳/۱۰/۳۰

ص: ۴۶۶

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: ثمره قول به کشف حقیقی و کشف حکمی

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه به بیان مراد از کشف حقیقی و کشف حکمی پرداخته و اقتضاء روایات راجع به کشف را متذکر می گردند. در ادامه ی بحث روایت ابوعبیده حذاء مورد بررسی قرار گرفته و مقصود از کلمه ی «ولیان» در این روایت تبیین می گردد. بحث بعدی هم راجع به ثمره ی قول به کشف حقیقی و کشف حکمی است.

مراد از کشف حقیقی

مراد از کشف حقیقی این نیست که در زمان عقد ملکیت مورد فرض قرار گرفته باشد که صحت سلب داشته باشد، زیرا فرض، نسبت به مفروض، صحت سلب دارد، بلکه مراد این است که شخص حقیقتا مالك است، آن وقت آیا می شود بگویند در وقت عقد زید حقیقتا مالك است و هم بگویند دروقت عقد زید حقیقتا مالك نیست؟ البته از نظر فرض اشکال ندارد و ممکن است ما یك روز مالکیت را برای زید وقت العقد فرض کنیم و یك روز هم در همان وقت العقد سلب مالکیت از زید کنیم، ولی زید حقیقتاً نمی شود در وقت عقد هم مالك باشد و هم ملکیت از او نفی شود. این چیزی که آقایان بیان کرده اند، قابل تصویر نیست.

پس اگر ما قائل به کشف حقیقی به نحو تعقب بشویم، قبل از آمدن اجازه شخص می تواند مالك شود. نظر مرحوم آقا سید محمد کاظم هم این بوده است که وصف تعقب، امری انتزاعی است که منشأ انتزاعش متأخر است و هیچ اشکالی ندارد که شرط متأخر منشأ یك امر انتزاعی باشد (۱)

ص: ۴۶۷

۱- حاشیه المکاسب، للیزدی، ج ۱، ص ۱۵۰.

ایشان می گوید: هیچ مانعی ندارد که شرط متأخر منشأ تحقق این صفت انتزاعی باشد و باید آن شرط در ظرف خودش تحقق پیدا کند، ولی اگر در ظرف خودش تحقق پیدا نکند، روز قبل –که همان وقت العقد است- عقد صفت تعقب به خودش نمی گیرد و این امر انتزاعی موجود نیست.

ایشان می گوید: اشکالی ندارد که از همان وقتی که عقد بوده، ملکیت برای شخص حاصل شده باشد و شرط هم مقارن نیست، بلکه متأخر می باشد. چنین چیزی اشکال عقلی هم ندارد.

عرض ما این است که نمی شود در یک زمان واحد، حقیقتاً هم مالکیت و هم عدم مالکیت برای شخص باشد، یا هم زید و هم عمرو به صورت مستقل مالك باشند.

قول به نقل بر اساس قواعد

قبلاً- هم عرض کردیم که مرحوم شیخ می فرمایـد: طبق قواعـد بـا صـرف نظر از روایات، قول اقرب، نقل است و بعـد کشـف حکمی و سپس کشف حقیقی.

کشف حکمی بر خلاف قواعد است

البته ظواهر ابتـدائی از بعضـی جهـات اقتضاء می کنـد که کشف حقیقی باشـد، ولی اگر بگوییم که کشف حقیقی عقلاً و نقلاً صحیح نیست، از نظر قواعد، دلیلی بر کشف حکمی نداریم، زیرا اثبات کشف حکمی در اینجا بر طبق قواعد مثل این است که شخصی بیعی را انشاء کند و شارع مقدس هم بگوید که من نقل و انتقال را به صورت فوری انجام نمی دهم مثل باب صرف و سلم و ملکیت بماند برای بعد، ولی قبل از حصول ملکیت، قواعد اقتضاء بکند که آثار ملکیت بار شده باشد!

ص: ۴۶۸

معنای کشف حکمی

معنـای کشـف حکمی عبـارت از این که مالـك می گویـد: من ملکیت مشـتری را از زمـان عقـد امضـاء می کنم و مـوافقم که مشتری از زمـانی که عقـد واقع شـده است، مالك این شـیء خریـداری شـده باشـد، ولی چون شارع به هر دلیلی با این ملکیت موافقت نمی کند، پس بگوییم که طبق قواعد و عمومات و ادله ی «أوفوا بالعقود» و امثال آن، آثار ملکیت را تثبیت کنیم.

به نظر ما قواعد چنین چیزی را اقتضاء نمی کند و اگر هم با کشف حقیقی مشکل داشـته باشـیم، طبق قواعد قول به نقل مطلب درستی است.

پرسش: ترتیب آثار ملکیت، مستقل از خود ملکیت نیست؟

پاسـخ: طبـق کشـف حکمی می گوینـد که ملکیت و برخی از لـوازم آن منتفی است، ولی برخی از آثـار آن بـاقی است. مـا از قواعد چنین چیزی را استفاده نمی کنیم.

پرسش: نقل، بر خلاف قاعده می شود؟

پاسخ: نه، عمومات می گوید که شارع از اول امضاء نکرده است و بعد امضاء می کند.

پرسش: به هر صورت خلاف قاعده می شود؟ پاسخ: نه، عمومات می گویند که اگر از اول به وسیله ی ادله خارج شد، اصلش خارج نمی شود و نسبت به بعد از اجازه به «أوفوا بالعقود» تمسك می کنیم. خلاصه اینکه نمی توانیم بگوییم: حال که ملکیتی قبل از اجازه نیست، بعضی از آثار ملکیت، طبق اقتضای قواعد ثابت است.

پرسش: شما از نظر مبنایی دلالت التزامی را تابع دلالت خارجیه می دانید؟ پاسخ: بله.

اقتضاء روایات راجع به نقل یا کشف؟

از نظر روایات هم ممکن است قائل به کشف شویم و در بعضی از موارد هم شرعاً به حسب ظاهر این مطلب ثابت شده است و چنین چیزی بر خلاف عقل و نقل هم نیست.

ص: ۴۶۹

مقصود از کلمه ی «ولیان» در روایت ابوعبیده حذاء

در روایت ابوعبیده حذاء – که قبلاً خواندیم- غیر ولی، صغیره ای را عقد کرده است . این مطلب را هم به عنوان جمله ی معترضه عرض کنم که در این روایت یک صغیر و یک صغیره عقد شده اند و اینطور تعبیر شده است که: «زوّجهما ولیّان لهما»، ولی در عین حالی که تعبیر به «زوّجهما ولیّان لهما» شده است، حکم به فضولی بودن شده است که احتیاج به اجازه ی بعدی دارد. ممکن است که در معنی کردن کلمه ی «ولیّان» اشتباهی رخ بدهد، ولی باید توجه داشته باشیم که مراد از «ولیان» به قرینه ی حکم ثابته، عبارت از ولیّ عرفی مانند عمو و برادر بزرگ و امثال آنهاست که ولایت عرفی دارند، اما ولیّ شرعی نیستند، لذا عقد فضولی خواهد بود. البته محتمل هم هست که ولیّ لغوی مراد باشد، یعنی مراد اشخاصی باشند که متولی امر آنها هستند. ممکن است یک کسی متولی شرعی یا عرفی نباشد، ولی متولی امور این صغیر یا صغیره باشد و کارهای آنها را انجام داده و به اموراتشان رسیدگی می کند.

پرسش: شاید مراد از «ولیّان» ولایت نسبت به اموال باشد؟

پاسخ: طبعاً کسانی که ولی اموال هستند، حق نکاح هم دارند، زیرا اشخاصی مثل پدر و جد هم ولی در نکاح صغیر و صغیره هستند و هم راجع به اموال ولایت دارند.

پرسش: پدر و جد را که شامل نمی شود؟

پاسخ: با توجه به ذیل روایت، ولیّ شرعی مراد نیست، یا ولیّ عرفی است یا ولیّ لغوی. آقایان گفته اند که ولیّ عرفی مراد است، ولی ما عرض می کنیم که احتمال دیگر هم عبارت از این است که ولایت تکوینی که همان ولایت لغوی است، مراد باشد، نه ولایت اعتباری شرعی یا ولایت عرفی.

ص: ۴۷۰

به هر حال از روایات استفاده می شود که وقتی مورث مرد، مالش را کنار می گذارند تا ببینید که آیا طرف مقابلش زوجیت را امضاء می کند و قسم می خورد یا نه. خود مرحوم شیخ هم قبول کرده که ظاهر روایت کشف حقیقی است.

ما اگر در باب مسائل مالی هم بگوییم که تصرف در مال غیر به این اعتبار که اجازه بعداً خواهد آمد، عقلاً درست نیست، ولی راجع به مسئله ی صغیرین-که ولیّ شرعی اختیار ازدواج آنها را داشت- ممکن است شارع مقدس راجع به مثلاً عمو و برادر که ولایت عرفی دارند یا راجع به کسی که متولی کار آنهاست و ولایت تکوینی دارد، برای اینها هم یک نحوه ولایتی اثبات کرده و بگوید: اگر تعقب اجازه بعدی باشد و ولی عرفی یا تکوینی یقین داشته باشد که این صغیر بعداً قسم خواهد خورد و اجازه خواهد داد، از اول می شود مال مورث را تقسیم کرد و اشکالی عقلی وجود ندارد.

بنابراین، اگر هم بگوییم که تصرف در ملک دیگری قبل از رضا جایز نیست، ولی یک کسی که خودش اختیار ندارد و شارع برای بعضی ها نسبت به او ولایت مطلقه داده است، مثل پدر و جد و به بعضی ها هم ولایت نسبی قائل شده است، مثل ولی عرفی یا ولی تکوینی، چنین چیزی امکان دارد و اصلاً خلاف عقل نیست و وجهی ندارد که روایت به جهت خلاف حکم عقل بودن یا خلاف قواعد شرعی بودن، کنار بگذاریم. این روایت صحیح السند و معتبر است.

ثمره ی قول به کشف حقیقی و کشف حکمی

یکی از ثمرات این است که بنا بر کشف حقیقی، اگر شخص با کنیزی که فضولتاً عقد شده است، مباشرت کرد و بعد هم مالک اجازه داد، این مواقعه ی قبل از اجازه جایز بوده است، زیرا کنیز ملک شخص بوده است و اشکالی در آن نیست. قهراً بچه ای که متولد می شود، حلال زاده می شود و در آن حرفی نیست.

و اما بنا بر کشف حکمی این مواقعه قبل از اجازه ی مالک خلاف شرع است، زیرا جواز تصرف از شئون ملکیت است و چون ملکیت منفی است، باید حداقل بعضی از آثارش هم منفی باشد و نمی توانیم کل آثار را ثابت بدانیم.

حال بحث در این است که به غیر از حرمت مواقعه، آیا سایر آثار را می توانیم بار کنیم یا نه؟

مثلاًـ اگر مواقعه در ملک خود شخص بود، بچه آزاد می شود، زیرا پدر یا مادر اگر آزاد باشد، بچه ای که به دنیا می آید، آزاد می شود، اما اگر مواقعه جایز نباشد و حکم جایز هم بر آن بار نشده باشد و بعد از وقاع با کنیز دیگری بچه ای متولد شد، تکویناً ولو این بچه، بچه ی خود شخص است، ولی آزاد نیست و نمای ملک مالک اصلی می شود.

پرسش:پدر که حر بوده؟ پاسخ: اگر حرّ هم با کنیز غیر، زنا کند، بچه ای که به دنیا می آید، مال مالک اولی است. البته اگر نداند و وطی به شبهه شده باشد یا معقوده یا برای شخص تحلیل شده باشد (محلله)، اشکالی ندارد، ولی اگر زنا کرده باشد، بچه، حرّ نمی شود و نماء ملک دیگری خواهد بود.

ص: ۴۷۲

منتهی بحث در این است که آیا می شود بگوییم که هر چند شخص خلاف شرع کرده است، ولی در این مورد تنزیل به ملکیت کرده و بگوییم: این مسئله را به منزله ی این بدانیم که خلاف شرع نکرده است و کأن در مال خودش این کار را انجام داده است؟ اگر این کنیز مال خودش بود و وقاع می کرد، بچه حرّ بود و ام ولد حساب می شد، آیا می توانیم الان هم که شخص خلاف شرع کرده است، قائل به چنین تنزیلی شویم؟

مرحوم شیخ تردید دارد که آیا تنزیل این قدر قدرت دارد یا نه؟ ایشان می فرماید: ممکن است بگوییم که ام ولد می شود، ممکن هم هست که بگوییم که ام ولد نمی شود.

منتهی مرحوم آقا سید محمد کاظم می فرماید (۱) : اگر ما قائل به کشف حکمی شدیم، منهای مالکیت و برخی از آثار که عرف با نفی ملکیت، آنها را نفی می کند، مانعی نیست که سایر آثار را بار کنیم، مثل احکام حریت که بر این بچه بار می شود.

البته این مبنی که ادله ای مانند «أوفوا بالعقود» ناظر به این مطلب باشد که هر چند شما ملکیت را در برخی موارد قبول نکردید، ولی آثار ملکیت بار می شود، ما این مبنی را قبول نداریم، ولی اگر کسی این مبنی را قبول داشته باشد، حرف مرحوم آقا سید محمد کاظم حرف درستی است و اگر در سلسله ی مراتب تنزل کردیم، باید آثار را بپذیریم. مرحوم سید مثل اینکه عمومات را تمام می داند، ولی ما تمام نمی دانیم. شاید هم تردید مرحوم شیخ بین ام ولد بودن یا نبودن، از همین ناحیه باشد که اگر شمول عمومات راجع به این مسئله ثابت شد، بگوییم که ام ولد است، ولی اگر عمومات ثابت نشد، طبق روایات خاصه بگوییم که ام ولد بودن ثابت نیست. و ممکن هم هست که تردیدش از این جهت باشد که آیا ارتکاز عرفی ملازمه ای بین این مطلب و نفی ملکیت می بیند یا نه.

۱- حاشیه المکاسب، للیزدی، ج ۱، ص ۱۵۲.

مطلب دیگری که مرحوم شیخ بعداً عنوان می کند، عبارت از این است که اگر شخص قبل از اجازه، به این جهت که به حسب ظاهر یا واقع ملک اوست، این کنیز یا بچه ی کنیز را به شخص دیگری فروخت، آیا زمینه برای اجازه هست که بگوئیم بعد از اجازه این بیع ابطال می شود یا این که ابطال نمی شود؟

عبارت مرحوم شیخ اینطور است: «و لو نقل المالک أم الولد عن ملکه قبل الإجازه فأجاز» (۱) . در حاشیه ی این عبارت نوشته شده است که در نسخه ی اصلیِ مرحوم شیخ «أم» نبوده است، ولی عده ای «أم» را اضافه کرده اند. کأن نسخه اصلی مرحوم شیخ اینطور بوده است: «لو نقل المالک الولد عن ملکه قبل الإجازه فأجاز». این مطلب در حاشیه نوشته شده است، ولی اگر کسی به ذیل عبارتهایی که بعداً می خوانیم، توجه کند، می فهمد که این اضافه درست نیست و از قبیل شدرستنای معروف است! که می گویند یک کسی این آیه قرآن را می خواند که: «شَغَلَتْنا أَمْوالُنا» (۲) و گفته که: درست نیست که غلطنا بخوانیم، زیراغلط در قرآن نیست، پس تحریف شده است و باید شدُرستنا خواند. حالا این تصحیح هم جزء همین موارد است.

ثمره ی نزاع بین کشف حقیقی و کشف حکمی ۹۳/۱۱/۰۱

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: ثمره ی نزاع بین کشف حقیقی و کشف حکمی

ثمره نزاع بنابر کشف حقیقی در کلام مرحوم شیخ

«و لو نقل المالک [أُم] الولد عن ملکه قبل الإجازه فأجاز، بطل النقل علی الکشف الحقیقی؛ لانکشاف وقوعه فی ملک الغیر مع احتمال کون النقل بمنزله الردّ و بقی صحیحاً علی الکشف الحکمی، و علی المجیز قیمتها؛ لأنّه مقتضی الجمع بین جعل العقد ماضیاً من حین وقوعه و مقتضی صحّه النقل الواقع قبل حکم الشارع بهذا الجعل، کما فی الفسخ بالخیار مع انتقال متعلّقه بنقل لازم.» (۳)

ص: ۴۷۴

۱- مکاسب، شیخ انصاری، ج ۳، ص ۴۱۱.
۲- فتح/سوره۴۸، آیه ۱۱.
۳- مکاسب، شیخ انصاری، ج ۳، ص ۴۱۱.

یکی از موارد عبارت از جاریه ای است که بدون إذن مالک فروخته شده و قبل از اینکه مالک اجازه دهد، مشتری با این جاریه مواقعه کرده و فرزندی به دنیا آمده و مالک اصلی قبل از اینکه نسبت به فروش این جاریه اجازه دهد، اقدام به فروش این ولد کرده و بعداً نسبت به فروش جاریه اجازه داده است. «و لو نقل المالک الولد عن ملکه قبل الإجازه فأجاز بطل النقل».بعضی ها أم الولد را تصحیح کرده اند. بنده قسمت مربوط به ولد را می خوانم.

مرحوم شیخ می فرماید: اگر ما قائل به کشف حقیقی شویم و تعقّب را شرط بدانیم، این نقلی که توسط مالک اصلی نسبت به

ولد واقع شده، باطل خواهد بود. ولی بعد می فرماید که این احتمال هم وجود دارد که نقل صحیح باشد و این بیع او حکم ردّ را پیدا کند و اگر این بیع حکم ردّ را پیدا کند، قهراً اجازه ی بعدی بی تأثیر خواهد بود. بنابراین وقتی مالک قبل از اجازه، اقدام به فروختن این ولد کرده، کأنّ عمل فضولی را ردّ کرده لذا اجازه بی فایده بوده و نقل صحیح می باشد.

البته ایشان بعد از اینکه به صورت بتّی حکم به بطلانِ نقل کرده، تعبیر به «مع احتمال الردّ» می نمایند. به دو وجه می شود تعبیر ایشان را معنی کرد: یک وجه عبارت از این است که به تصور ابتدائی یک مطلبی را می شود بیان نمود، ولی با تصور نهایی، احتمال دیگری هم به نظر می رسد. یعنی ابتداء تصور می شود که مطلب این چنین است، ولی بعد از تأمل، به نظر می رسد که احتمال دیگری هم وجود داشته باشد.

ص: ۴۷۵

وجه دیگر هم عبارت از این است که مقتضی و یا مظنون، عبارت از بطلان نقل است، ولی احتمال دیگری هم در مقابل آن هست. بنابراین هر دو احتمال وجود دارد، منتهی بنابر تصور دوم، احتمال اول مظنون است، در عین حالی که احتمال دوم هم هست و احتمال اول را از مسلم بودن بیرون می برد. به نظر می رسد که یک نحوه ترجیحی در احتمال اول وجود داشته باشد، زیرا اول به صورت بتّی ذکر شده است.

بنابراین اگر قائل به کشف حقیقی شویم، نقل مالک باطل خواهد بود، زیرا قبلاً به وسیله ی عقد فضولی این ولد از ملک مالک اصلی خارج شده و دیگر زمینه ای برای ضد نیست.

در این فرض به نظر ما، اقرب صحت نقل و بی فایده بودن اجازه می باشد، زیرا عقد فضولی، اقتضاء صحتش متوقف بر اجازه است؛ در عقد فضولی شخص مالک، اقدام به بیع نکرده، بلکه اجنبی این کار را کرده و اگر این کار اجنبی بخواهد یک نحوه ارتباطی با مالک داشته باشد و صحیح باشد، نیازمند اجازه ی مالک است. و در اینجا که مالک قبل از اجازه، خودش اقدام به فروش کرده است اصلاً اقتضای صحت برای بیع فضولی نیست، بر خلاف نقل مالک اصلی که اقتضای صحت دارد چون خودش اقدام به فروش کرده است. مانند اینکه شخص مالک ابتداء خانه اش را به زید بفروشد و بعداً پشیمان شده و بخواهد خانه را به عمرو بفروشد. در اینجا مالک بعد از فروش خانه به زید، حق ندارد آن را به عمرو بفروشد و عقد دوم مانع از اقتضاء عقد اول نیست، بلکه عقد اول مانع از عقد دوم می باشد.

اصل اقتضاء عقد فضولی مشروط به این است که مالک بعداً نسبت به آن توافق کند و نفس عمل فضولی هیچ اقتضائی ندارد و لذا در این مسئله به نظر می رسد که عمل مالک مقدم است و نقل اول صحیح بوده و به منزله ی ردّ فضولی می باشد.

پرسش: بمنزله الردّ است، یا ورود دارد؟ پاسخ: می گوید که این کار با ردّ حکم واحد را دارد.

پرسش: این کار روشن تر از ردّ است؟ پاسخ: اگر مالک به کار فضولی توجه داشته باشد و این نقل را انجام داده باشد، مصداق حقیقی ردّ است، ولی اگر توجه به این عقد فضولی نداشته باشد، از نظر بطلان متساوی با ردّ است.

پرسش: می شود این طور تعبیر کنیم که آن چیزی که نافذ هست، اجازه المالک است و آن نقلی که شخص مالک انجام می دهد، اجازه المالک بودن را از بین می برد؟ پاسخ: اول باید اقتضاء عقد فضولی اثبات بشود تا بتواند با نقل مالک تزاحم پیدا بکند. به نظر می رسد که نقل مالک اقتضاء دارد، ولی عقد فضولی اقتضاء ندارد و اقتضاء اش مشروط به اجازه است و قهراً یک شیء اقتضاء دار با یک شیء لا اقتضاء تزاحم پیدا نمی کند.

پرسش: امکان دارد که با اجازه بخواهد معامله را به هم بزند؟پاسخ: وجهی ندارد که انسان معامله را به هم بزند. مثلاً وقتی من خانه ام را فروخته ام و الان پشیمان شده ام، نمی توانم معامله ی اول را به هم بزنم، مگر اینکه یک دلیل اقتضاء دار محکمی وجود داشته باشد و لذا با عمل اول، زمینه ی عمل دوم از بین می رود و نمی توانیم با عمل دوم، عمل اول را ابطال کنیم، مگر اینکه بر خلاف قواعد اولیه، نص خاصی در مسئله وجود داشته باشد.

ص: ۴۷۷

ثمره نزاع بنابر کشف حکمی

مرحوم شیخ می فرماید:در صورت قول به کشف حکمی، هم اجازه نقش دارد و هم نقل در جای خودش صحیح است. دو شیء مقتضی دار داریم: یکی اینکه مالک می تواند در ملک خودش تصرف کند، مثل اینکه فضولی جاریه را فروخته است و شخص مالک می تواند این جاریه یا بچه ی او را بفروشد، زیرا هم جاریه و هم ولد او در ملک آن مالک اصلی باقی است و مثل کشف حقیقی نیست که از ملکِ مالک اصلی خارج شده باشد تا قهراً نماءاش هم خارج شده باشد، بلکه در صورت کشف حکمی، هم خود جاریه و هم نماء آن در ملک مالک اصلی باقی است. از طرف دیگر، ادّله ی صحت اجازه در باب فضولی، اقتضاء می کند که اجازه نقش داشته باشند.

بنابراین، هر کدام از این دو یک نحوه اثری دارند، اثر بیعی که قبلاً انجام شده، عبارت از این است که بیعش صحیح است و فروشنده مالکِ ثمن المسمّی می شود، طرف مقابل هم مالک ولد می شود. از طرف دیگر، ادله ی صحت اجازه در فضولی هم می گوید: این عقدی که فضولی انجام داده، به منزله ی صحیح است. (حقیقةً صحیح نیست، زیرا در ملک مالک اصلی بوده است). اگر ما عقد فضولی را صحیح فرض کنیم، باید بگوییم که مالک با بیعی که انجام داده است، کأنّ مال را تلف کرده است و باید عوضش را بدهد البته نه عوض المسمّی بلکه عوض المثل؛ که باید ارزشش را بدهد. شارع می گوید: زید (مشتری) را به منزله ی مالک جاریه و ولد آن در نظر بگیرید و چون مالک اصلی این ولد را به شخص دیگری فروخته است، باید قیمتش را داده و مالک ثمن المثل عقد فضولی شود.

ص: ۴۷۸

بنابراین، جمعاً بین هر دو دلیل، یک مقداری از اثر هر کدام را در نظر می گیریم، هم از اجازه و هم از نقل مالک اصلی.

این فرمایش را راجع به کشف حکمی، به طور قطعی فرموده است که هر دو ذی حق اند و هر دو اثر دارند، هم اجازه ی مالک اثر دارد و هم نقل مالک اثر دارد، منتهی با نقل مالک، خود عین ردّ و بدل می شود، ولی با اجازه ی مالک، باید ثمن عین پرداخته شود. مثل اینکه ملک دیگری را تلف کرده و ملزم به پرداخت قیمت آن باشد.

عبارت را می خوانم: «و بقی صحیحاً علی الکشف الحکمی»، یعنی بنا بر کشف حکمی، این نقل صحیح هست. «و علی المجیز قیمتها»، وقتی شخص نسبت به عقد فضولی اجازه داد، باید قیمت آن را به دیگری بپردازد. «لأنّه مقتضی الجمع بین جعل العقد ماضیاً من حین وقوعه»، به مقتضای صحه الاجازه این عقد فضولی را صحیح فرض می کنیم، از طرف هم این جاریه و بچه ی آن از ملک مالک اصلی خارج نشده است و قهراً عقدی را که مالک انجام داده است، صحیح می باشد. «مقتضی الجمع بین جعل العقد ماضیاً من حین وقوعه و مقتضی صحّه النقل الواقع قبل حکم الشارع بهذا الجعل»، قبل از اینکه شارع حکم به این نماید که اجازه در فضولی به منزله ی واقع خواهد بود، شخص مالک ملک خودش بوده و آن را فروخته است و بنا بر کشف حکمی این مسئله مانند فسخ خیاری خواهد بود که شخص در عقد خیاری، مال را به دیگری به صورت عقد لازم فروخته باشد که نتواند آن را به هم بزند. در این صورت اگر طرف مقابل اعمال خیار کند، چه باید می کرد؟ کأنّ این شخص، ملک طرف مقابل را با نقل به دیگری، تلف کرده و باید قیمتش را بدهد. جمع بین عقد لازمی که شخص با دیگری انجام داده و حق خیاری که در معامله ی اول وجود دارد، این است که عقد دوم صحیح باشد و به جهت تلف شدن عین با نقل لازم به دیگری، شخص باید قیمتش را به کسی که فسخ کرده است، بپردازد. «و ضابط الکشف الحکمی: الحکم بعد الإجازه بترتّب آثار ملکیه المشتری من حین العقد»، هر چند شخص مالک نیست، ولی بعضی از آثار ملکیت باید مترتب شده باشد. اگر تمام آثار بار شده باشد، کشف حقیقی خواهد بود که قهراً از ملکیت خود مالک اصلی هم خارج می شود. در اینجا مراد، ترتیب آثار ملکیت مشتری است، نه ترتیب کل آثار تا منافات با مالکیت مالکِ اصلی داشته باشد، لذا بعد هم ایشان تعبیر به بعض می کند. «فإن ترتّب شیء من آثار ملکیه المالک قبل إجازته» گاهی اجازه باطل است و تنزیل کنار می رود. طبق فرمایش ایشان اگر مالک قبل از اجازه، همان عینی را که فضولی معامله کرده است را فروخته باشد، مثل اینکه در مثال فوق عین جاریه را فروخته باشد، دیگر جایی برای اجازه نیست که ما بین اجازه و نقل خود مالک جمع کنیم. احتمال اقوی یا احتمال ابتدایی این است که اگر خود جاریه را قبل از اجازه فروخته باشد، دیگر جایی برای اجازه نخواهد بود و این اجازه بی فایده است.

ایشان در ادامه می گوید: احتمال این هم هست که اجازه در این مورد هم نقش داشته باشد، ولی در این مسئله که مالك جاریه را فروخته و بعد نسبت به عقد فضولی اجازه داده است، یا هر دو احتمال متساوی است که هم فروش مالك و هم اجازه صحیح باشند و در فروش مالك، نقل و انتقال نسبت به عین و ثمن المسمی حاصل شده و در تنزیل هم قیمت عین باید پرداخت شود. یا هر دو احتمال مساوی است یعنی احتمال صحت با احتمال بطلان اجازه و یا احتمال اقوی، بطلان اجازه است.

البته ایشان قبلاً فرمود که بنا بر کشف حکمی، اقتضای جمع عبارت از این است که هر دو صحیح باشد، ولی در ذیل بین نماء و خود عین فرق گذاشته است در مورد نماء می گوید: اگر مالك بخواهد نماء را بفروشد، جمع بین الحقین اقتضاء می کند که هم نقل نماء توسط مالك صحیح باشد و هم اجازه مالك نسبت به عقد فضولی صحیح باشد، منتهی در اولی نقل عین و در دومی دادن قیمت است. ایشان این مطلب را بتّی فرض می کند. ولی اگر مالك بخواهد خود جاریه را بفروشد، یا به نحو مظنون یا به نحو محتمل، حکم عبارت از بطلان اجازه است.

این فرق گذاشتن ایشان در ذیل عبارت بین فروش نماء و فروش خود عین، قرینه بر این است که مراد ایشان در صدر عبارت که بنا بر کشف حکمی بین هر دو جهت جمع کرده بود و هم بعض آثار الملکیه و هم اجازه را صحیح دانسته بود، مراد فروش نماء بوده است که عبارت از ولد است، نه فروش خود جاریه که در این صورت صدر و ذیل با هم سازگار نخواهد بود.

پرسش: تعبیر «قیمتها» ظاهرش این نیست؟

پاسخ: بعضی گفته اند که تعبیر «قیمته» بوده و بعضی از نسخه ها هم خیال کرده اند که «قیمته» غلط است و تعبیر به «قیمتها» کرده اند، در حالی که همان «قیمته» درست است.

بعد هم می فرماید: «فإن ترتب شی ء من آثار ملکیه المالك قبل إجازته كإتلاف النماء و نقله»، بعضی از آثار با اجازه تنافی ندارد و حق مالک نسبت به آنها محفوظ است. مالك اصلی می تواند نقل کند، می تواند خودش بخورد یا تلف کند. از طرف دیگر، شارع هم نسبت به اجازه حکم به تنزیل کرده است که آن هم درست است.

ایشان در جمع بین الدلیلین، بعضی از آثار را برای مالک و بعضی از آثار را برای مشتری تثبیت می کند، «جمعٌ بینه و بین مقتضی الاجازه بالرجوع الی البدل»، به وسیله رجوع به بدل، بین این دو جمع کردیم، ولی اگر بعضی از آثار منافی با اجازه باشد که دیگر زمینه ای برای اجازه وجود نداشته باشد، تنها نقل مالك صحیح است. بعد هم ایشان می گوید: در همین جا هم که بین نقل مالك و اجازه تنافی هست، ممکن است جمع بین الحقین هم به صورت احتمالی بیاید. بنابراین، ایشان در مسئله ی نماء به صورت بتی قائل به جمع بین الحقین شده است، ولی در جایی که نقل نسبت به خود عین است، تعبیر بتی نکرده. یا مایل به بطلان اجازه است و یا مشکوك الصحه و البطلان است. همین فرمایش ایشان در ذیل عبارت، قرینه بر این است که فرمایش ایشان در صدر عبارت، راجع به نماء است نه راجع به عین.

ص: ۴۸۱

«و إن نافي الإجازه كإتلاف العين عقلاً»، مثلاً عين را خورده باشـد، «أو شـرعا»، مثل اينكه عين را آزاد كرده باشد، «فات محلها [محـل الاجـازه]». البته در اينجـا هم احتمـال دارد كه جمع بين هر دو بشود و چون راجع به عين نمى توانـد اجـازه بدهـد، لازم باشد كه قيمتش را به مشترى بپردازد.

ثمرات قول به كشف و نقل ۹۳/۱۱/۰۴

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: ثمرات قول به كشف و نقل

خلاـصه درس: حضـرت اسـتاد در اين جلسه به ادامه ى بحث ثمرات قـول به كشـف حقيقى و قول به كشف حكمى پرداخته و نظر مرحوم شـيخ در تفاوت بين عين و نماء در كشف حكمى را بررسـى مى كننـد. و سـپس كلامى از شـهيد ثانى و توجيهات مربوط به آن را مورد اشاره قرار مى دهند.

مرحوم شيخ: بطلان نقل بنابر قول به كشف حقيقى

مرحوم شيخ در كشف حقيقى فرمود كه بيع مالك نسبت به چيزى كه مورد عقد فضولى قرار گرفته، باطل است، زيرا آن شىء به ديگرى منتقل شده و تصرف در آن براى مالك جايز نيست. راجع به كشف حكمى هم فرمود: اگر مالك بخواهد عين مبيع را بفروشـد، باطل است، ولى اگر بخواهـد نماءاش را بفروشـد، عقـد صـحيح هست، منتهى چون عقد فضولى به منزله ى ملك تنزيل شـده است، بايد بدلش را به من انتقل اليه بپردازد. در اينجا بعضـى از آثار ملك ديگرى- كه عبارت از ضـمان است- و بعضى از آثار ملك خودش- كه صحت عقد است- براى او ثابت خواهد بود.

ص: ۴۸۲

صحت نقل حتى بنا بر كشف حقيقى

به نظر مـا بنا بر كشف حقيقى هم اگر مالك، نقل و انتقالى انجام دهـد، صـحيح است، چه برسـد به كشف حكمى. با اين بيان كه تكميـل صـحت عقـد فضولى، حتى بنـا بر كشف حقيقى هم به آمـدن اجازه است و الا خود عقـد اقتضاء كامل نـدارد، ولو اينكه قائل به كشف حقيقى باشـيم. همان طور كه اگر كسى ملك خودش را به ديگرى بفروشد و بعد منصرف شده و بخواهد همـان ملك را به شـخص ثـالثى بفروشـد، عقـد اول مـانع از عقـد ثـانى مى شود، در اينجا هم عقـد مالك مانع از اقتضاء عقد فضولى مى شود، زيرا اقتضاء آن متوقف بر اين است كه قبل از آن عقـدى نباشـد. بنابراين وقتى مالك اصـلى ملك خودش را مى فروشـد، موضوع اجازه را از بين مى برد و اجازه ى لاحق نمى تواند مانع از عقد و نقل مالك شود، زيرا لااقتضاء (فضولى) نمى توانـد جلوى مقتضـى (عقـد مالـك) را بگيرد. پس بنـا بر كشف حقيقى اگر مالـك، ملك خودش را به ديگرى فروخت، ديگر اجازه اش بى خود و بى فايده است. و بيع و نقل صـحيح است و نسبت به كشف حكمى هم مسئله روشن است، ولى بنا بر مبناى مرحوم شيخ و عده كثيرى، مالك در كشف حقيقى حق نقل و انتقال ندارد.

مرحوم شیخ: تفصیل بین عین و نماء

مرحوم شیخ: در کشف حکمی که شخص مالک عین نشده و فقط بعضی از احکام مالکیت به وسیله ی ادله ی تنزیل استفاده شده، هم عین فروخته شده و هم نماء فروخته شده، هر دو از ملک مالک اصلی خارج نشده است، منتهی این تفاوت بین عین و نماء هست که اگر مالک بخواهد عین را بفروشد، با توجه به اینکه کشف حکمی است و عین در ملک خودش است، هیچ ضمانی نسبت به مشتری اول در کار نیست، ولی اگر بخواهد نماء را بفروشد، بیع صحیح است، منتهی نسبت به مشتری اول، ضامن بدل است، زیرا اینطور تنزیل شده که کأنّ این شیء مال او است و به اعتبار این تنزیل، باید بدل آن شیء به او داده شود.

اشکال به تفصیل مرحوم شیخ

عرض ما این است که این تفصیل را از کجا می فهمیم؟ طبق قاعده اولی، اگر عین و نماء از ملک مالک خارج نشده، شخص می توانـد ملـک خودش - چه نمـاء و چه عین- را معـامله کنـد و هیـچ ضـمانی هم در کار نیست. البته ادله ی تنزیل که حکم کرده ما مشتری را مالک بدانیم، باید دید چه مقدار قوت دارد.

اگر ما به تعابیر علماء جمود داشته باشیم، کلام آنها عبارت از این است که بنا بر کشف حکمی، اصل ملکیت فی الجمله برای مالـک اصـلی ثـابت می شـود و بقیه هم مـال مشـتری و من انتقـل الیه است. اگر اینطـور باشـد، بنـا بر کشف حکمی، عینی که فروخته شده، در ملک مالک اصلی باقی می ماند و نماء هم مال مشتری است، نه اینکه طبق فرمایش مرحوم شیخ، نماء هم مال مالک اصلی بوده و فروشش با ضمان صحیح باشد.

بنـابراین از اول بر اسـاس ادله ی تنزیـل، نمـاء مـال مشتری است و مالـک، حق فروش آن را نـدارد. اگر ما به چنین دلیل تنزیل عامی قائل شـدیم، بایـد بین اصل و فرع فرق بگـذاریم و معامله ی فرع، مال مشتری و معامله ی اصل، برای مالک خواهد بود و هر دو معامله برای مالکینش صـحیح خواهد بود. بنابراین اگر ما یک چنین عموم تنزیلی داشـته باشیم، فقط در باب ملکیت بین اصل و فرع فرق می گـذاریم، ولی چنین امور تنزیلی در مواردی مثل روایت محمد بن قیس و امثال آن وجود ندارد، البته کنیز نمـاء داشت، ولی چون شـبههً مواقعه انجـام شـده بود، در حقیقت نمـاء حسـاب نمی شود و حرّ می شود. پس ادّله ی تنزیل عام نـداریم، ولی این طوری که مرحوم آقا سـید محمد کاظم می گوید (۱) ، بنـا بر کشف حکمی، بایـد عموم آثار را بارکرد بجز آن چیزی که لازمه ی ملکیت مالک اصـلی است. در این صورت، ملکیت عین برای مالک اصـلی و ملکیت نماء برای مشتری خواهد بود.

۱- حاشیه المکاسب، للیزدی، ج ۱، ص۱۵۲.

طبق بیان ما، ملکیت از اول برای مالک اصلی است و مالک اصلی هر کاری کرد، جلوی اجازه هم گرفته می شود.

ثمرات بین قول به کشف و نقل

در بین قدماء کشف حکمی مطرح نبوده و اختلاف بین کشف حقیقی و نقل بوده است. در کشف حقیقی هم به تعبیر مرحوم شیخ، مشهور به نحو انقلاب قائل به کشف اند؛ به این معنی که از اول شیء ملک خود مالک است، ولی بعد از اجازه انقلاب پیدا می کند و از اول عوض می شود، نه به نحو تعقب شرط که چون صفت تعقب موجود است، مشتری از اول مالک شده است. حال بحث در این است که بین قول به کشف و قول به نقل چه ثمراتی وجود دارد؟

ظهور ثمره در نماء

«ثم إنهم ذكروا للثمره بين الكشف و النقل مواضع منها النماء فإنه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل إليه العين و على النقل لمن انتقلت عنه» (۱) . می فرماید بنابر کشف به قول مطلق، نمائی که حاصل می شود، مال شخصی است که عین به او منتقل شده، ولی بنا بر نقل، اصل عین قبل از اجازه منتقل نشده، و بعد از اجازه عین منتقل می شود ولی نماء در ملک مالک اصلی باقی می ماند.

بنابر کشف حقیقی و غیر انقلابی، وصف تعقب بالاجازه بوده و مشتری از اول مالک عین و نماء شده، نه اینکه بعد از آمدن اجازه منقلب شده باشد.

مراد از «بقول مطلق» کشف حقیقی است به این معنا که هم قبل از اجازه و هم بعد از اجازه، عین و نماء مال مشتری است، زیرا وصف تعقب از اول وجود داشته است، در صورتی که اگر قائل به کشف انقلابی شویم، نماء قبل از اجازه متعلق به مالک اصلی است و بعد از اجازه منقلب شده و حکم عوض می شود. پس « بقول مطلق» اشاره به این است که قبل از اجازه هم تمام احکام مالکیت بار می شود و همه ی انتفاعات برای مشتری جایز است مثلاً از شیرش استفاده کند.

۱- مکاسب، شیخ انصاری، ج ۳، ص ۴۱۱.

توجیه کلام شهید ثانی

بعـد می فرمایـد: «و للشـهید الثـانی فی الروضه عبـاره توجیه المراد منها کما فعله بعض أولی من توجیه حکم ظاهرها کما تکلفه آخر». (۱) شـهید ثـانی عبـارتی دارد که مرحوم شـیخ می فرمایـد: اگر بخواهیم ظـاهرش را درست کنیم و به همان ظاهر فتوی دهیم، تکلف خواهد بود.

شهیـد ثانی می گویـد که اگر معامله ی فضولی واقع شد و عین هم بین العقد و الاجازه نمائی پیدا کرد، بنابر کشف، نماء مبیع، مـال مشتری و نمـاء ثمن، مال بایع است زیرا با عقـد از اول نقل و انتقال حاصل شـده است و هر کسـی که بعـد الانتقال مالك است، نماء هم برای او خواهد بود. اما بنابر نقل، هر دو نماء(نماء ثمن و مثمن) برای مالك مجیز است. حالا بحث در این اسـت که چرا بنابر قول به نقل، بعد از اجازه هر دو برای مالك مجیز باشد؟

برای اراده ی معنای خلاف ظاهر از کلام ایشان، دو توجیه ذکر شـده است: یکی عبارت از این است که فضولی طرفینی باشـد، یعنی هم بایع و هم مشتری، هر دو فضولی باشـند و بایع عین مال دیگری را برداشته و مشتری هم عین مال دیگری را برداشته و با هم معامله کرده اند. قهراً چون بعدالاجازه عین به مالك مجیز منتقل می شود، نماء هم مال اوست. و چون هر دو مالك مجیز هستند، همان طوری که عین بعد الاجازه منتقل می شود، ثمن هم همین طور است.

ثمرات بین کشف و نقل ۹۳/۱۱/۰۵

ص: ۴۸۶

۱- مکاسب، شیخ انصاری، ج ۳، ص ۴۱۱.

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: ثمرات بین کشف و نقل

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه ابتداء به فرمایش شهید ثانی راجع به ثمرات کشف و نقل و توجیهاتی که برای کلام ایشان بیان شده، پرداخته و در آخر توجیه خود را نیز ذکر می نمایند. و در ادامه به مسئله ی انصراف اصیل قبل از اجازه و مناقشات مرحوم شیخ و میرزای قمی در این باره پرداخته و نظر خویش را بیان می نمایند. ثمره ی دیگری که در این جلسه مورد اشاره قرار می گیرد، تصرف اصیل قبل از اجازه در «ما انتقل عنه» می باشد که بنا بر نقل چنین تصرفی جایز بوده و در برخی موارد موجب لغو عقد می گردد.

بررسی فرمایش شهید ثانی راجع به ثمره کشف و نقل

مرحوم شیخ: «ثمّ إنّهم ذکروا للثمره بین الکشف و النقل مواضع منها النماء، فإنّه علی الکشف بقولٍ مطلق لمن انتقل إلیه العین، و علی النقل لمن انتقلت عنه، و للشهید الثانی فی الروضه عبارهٌ، توجیه المراد منها کما فعله بعض أولی من توجیه حکم ظاهرها، کما تکلّفه آخر» (۱) .

عبارت شهید ثانی: «و تظهر الفائده فی النماء، فإن جعلناها کاشفه، فالنماء المنفصل المتخلّل بین العقد و الإجازه الحاصل من المبیع للمشتری، و نماء الثمن المعیّن للبائع، و لو جعلناها ناقله فهما للمالک المجیز». (۲)

شهید ثانی راجع به ثمره ی مترتب بر کشف و نقل می فرمایند : ثمره ی این مسئله این است اگر ما قائل به کشف شدیم، نماء عین فروخته شده یا نماء ثمن به طرف مقابل منتقل می شود، زیرا معامله از اول واقع می شود و نماءهایی که بعد حادث شده، نه نمائی که قبلاً بوده، به طرف مقابل منتقل می شود. مثلاً اگر بین عقد و اجازه بچه ای از گوسفند فروخته شده، به دنیا آمد، بنا بر کشف، این بچه به طرف مقابل منتقل می شود، یا اگر درخت فروخته شده، بین عقد و اجازه میوه ای داشت، به طرف مقابل منتقل می شود. ولی اگر قائل به نقل بشویم، هم نماء مثمن و هم نماء ثمن، هر دو متعلق به مالک مجیز است. بحث در این جمله ی ایشان است که چطور نماء هر دو متعلق به مالک مجیز است؟

۱- مکاسب، شیخ انصاری، ج ۳، ص ۴۱۲.

۲- الروضه البهیه، الشهید الثانی، ج۳، ص۲۲۹ و ۲۳۰.

سه توجیه از آغا جمال

مرحوم آغاجمال در حاشیه ی بر شرح لمعه توجیهاتی برای این کلام شهید ثانی ذکر کرده ولی هیچ کدام از آنها را قبول نمی کند:

توجیه اول:

ظاهر عبارت را تصحیح کرده که هم نماء ثمن و هم نماء مثمن برای مالک مجیز باشد. با این بیان که بایع، فضولی است و خریدار اصیل است و هنگامی که خریدار می خواهد معامله کند، از نظر خودش از اول این معامله را انجام داده و به حساب خودش راضی به این است که نماء از اول مال طرف مقابل باشد و چون خریدار راضی شده، با رضایت او نماء ثمن به شخص مجیز منتقل می شود. فرض ما هم بنا بر نقل این است که عین مال بعد از اجازه از ملک مالک مجیز خارج شده و قهراً نماء مثمن قبل از اجازه، متعلق به مالک مجیز می باشد. بنابراین، هم نماء ثمن (طبق رضایت مشتری) و هم نماء مثمن (بنا بر نقل) هر دو متعلق به مالک مجیز می باشد.

بطلان توجیه اول

مرحوم شیخ می فرماید که دو توجیه بعدی که خلاف ظاهر است اولی از این توجیه اول است که طبق ظاهر حکم کرده است. و ایشان به این توجیه جواب نمی دهد چون بطلانش روشن است. زیرا اگر بیع یا شراء جزء ایقاعات بود، رضایت یک طرف کفایت می کرد، ولی بیع و شراء از عقود است و باید قبول طرف مقابل به رضایت او ضمیمه شود، تا انتقال حاصل شود. در اینجا رضایت مشتری به تنهایی کفایت در انتقال نمی کند و باید قبول طرف مقابل هم ضمیمه به آن بشود. و بنا بر نقل قبول طرف با اجازه محقق می شود. پس بنابراین، نماء ثمن منتقل نشده، نماء مثمن هم که در ملک مالک مجیز باقی مانده است.

ص: ۴۸۸

توجیه دوم:

فرض مسئله راجع به موردی باشد که طرفین فضولی باشند، یعنی هم راجع به ثمن و هم راجع به مثمن، هر دو فضولی هستند و در هر دو هم باید مالک اصلی اجازه دهد. بنابر نقل هم چون قبل از اجازه عین از ملک مالک اصلی خارج نشده، نماء هم از ملک مجیز خارج نشده و در ملک مالک مجیز باقی می ماند.

توجیه سوم:

مراد از «للمالک المجیز» جنس است، یعنی بعضی اوقات مالک مجیز، مالک مثمن است و قهراً نماء مثمن مال اوست، گاهی هم مالک مجیز، مالک ثمن است که در نتیجه نماء ثمن برای او خواهد بود. بنابراین، مالک مجیز دو صورت دارد، نه اینکه در یک صورت، مالک مجیز هم مالک نماء مثمن و هم مالک نماء ثمن باشد.

توجیه ما برای عبارت شهید ثانی

یک احتمالی به نظر بنده می آید که مراد از مالک مجیز، مالک اصلی است و شامل هر دو طرف می شود، هم طرف مقابل که از اول رضایت به عقد داشته و هم کسی که بعداً اجازه می دهد و در نتیجه، اگر منفعتی در عینِ مال طرف مقابل وجود داشته باشد، از ملک او خارج نشده است و بنابر نقل، این شخصی هم که اجازه می دهد، با توجه به عدم خروج عین از ملک او، مالک نماء عین خواهد بود.

بنابراین، مراد از مجیز، اعم از اجازه ای است که قبلاً ـ به وسیله قبول انشاء شده است و اجازه ی حادثی است که بعد از عقد حاصل شده است. در نتیجه، هم اصیل از اول مجیز است و هم آن مالک اصلی که ملک او فضولتاً فروخته شده است. بنده احتمال قوی می دهم که مراد از مجیز در فرمایش شهید، اجازه به معنای لغوی است که اعم از قبول اول عقد و اجازه ی بعد از عقد است و قهراً منافع در هر دو طرف برای مالک اصلی واقع می شود.

ص: ۴۸۹

ثمره دوم بین کشف و نقل

«و منها: أنّ فسخ الأصیل لإنشائه قبل إجازه الآخر مبطل له علی القول بالنقل، دون الکشف، بمعنی أنّه لو جعلناها ناقله کان فسخ الأصیل کفسخ الموجب قبل قبول القابل فی کونه ملغیاً لإنشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت کاشفه؛ فإنّ العقد تامّ من طرف الأصیل، غایه الأمر تسلّط الآخر علی فسخه». (۱)

یکی دیگر از ثمرات کشف و نقل این است که اگر اصیل قبل از اجازه ی طرف مقابل، منصرف شود، بنا بر نقل با این انصراف، دیگر اجازه ی مجیز کلااجازه خواهد بود، زیرا مشهور بین علماء عبارت از این است که در عقد ایجاب و قبول معتبر است و در اینجا هر چند شخص موجب انشاء کرده است، ولی تا قبول طرف مقابل نیامده است، در صورت انصراف شخص،انشاء اش هیچ خواهد شد و اثرش از بین خواهد رفت و حتی اگر طرف مقابل هم بعد از انصراف قبول کند، قبولش بی اثر خواهد بود. پس بنا بر نقل، اگر شخص اصیل نسبت به طرف مقابل انشاء تملیک کرده و قبل از اجازه منصرف شد، قهراً اجازه ی طرف مقابل کلااجازه و بی اثر و باطل می شود. و اما بنا بر کشف، چون از اول اثر انشاء برای طرف مقابل است، بنابراین انشاء از ناحیه اصیل تمام است و دیگر حق ندارد بعداً کاری انجام دهد و هر آنچه که وظیفه اش بوده، انجام داده است و بعداً هم با اجازه، این انشاء تکمیل می شود. خلاصه اینکه، بنا بر کشف، با انصراف اصیل، انشاء اش باطل نمی شود، ولی بنا بر نقل باطل می شود.

۱- مکاسب، شیخ انصاری، ج ۳، ص۴۱۲.

ردّ فرمایش مرحوم شیخ

این فرمایش مرحوم شیخ بود، ولی به نظر ما هم در کشف و هم در نقل، باید هر دو طرف را در نظر گرفت و جدای از انشاء اصیل، قبول مالک اصلی را هم باید در نظر گرفت. بنابراین، وقتی اصیل ملک خودش را انشاء می کند، قبول مالک مجیز هم معتبر است و اگر قبل از اجازه، شخص اصیل منصرف شود، بنابر کشف هم این اجازه کلا اجازه است. کأنّ قبل از قبول طرف، اگر این شخص اصیل از کار خود منصرف بشود، کار خود را ابطال کرده است و چه مالک اجازه بدهد و چه اجازه ندهد، اثر ندارد.

مبنای مشهور علماء راجع به انصراف از عقد

مرحوم شیخ می فرماید: اینکه ما در صورت انصراف اصیل، بنا بر نقل، قائل به بطلان و بنا بر کشف قائل به عدم بطلان شدیم، بر مبنای یک مطلبی است که بین علماء مورد تسلم است. مشهور علماء می گویند که قبل از قبول طرف مقابل، موجب می تواند از انشاء خودش منصرف بشود و حق عدول دارد. این مطلب مورد تسلم بین علماء است و لذا جا دارد که احد المتعاقدین (موجب یا قابل) قبل از توافق طرف مقابل، از انشاء خودش منصرف شده و با این کار زمینه ی عقد را از بین ببرد. بنابراین، مرحوم شیخ می فرماید: اینکه گفتیم بنابر نقل، با انصراف اصیل، عقد باطل می شود، بر اساس یک مبنایی است که مورد تسلم فقهاست. حتی در صورتی که طرف مقابل هم انشاء کرده باشد، ولی به جهت نبود بعضی از شرایط، ملکیت فعلیت پیدا نکرده باشد، مثل عدم قبض در باب هبه و صرف و سلم، باز هم یکی از طرفین می تواند از عقد خودش منصرف شده و انشاء خودش را کلاانشاء نماید.

ص: ۴۹۱

فرمایش میرزای قمی در این باره

ایشان می فرماید : با توجه به این مبنایی که مورد تسلم بین فقهاء است، شخص حتی در این صورت هم حق ابطال برای احد متعاقدین وجود دارد، ولی بعضی ها (میرزای قمی) گفته اند که حتی در صورت قول به نقل هم شخص حق ابطال انشاء خود را ندارد و نمی تواند زمینه ی عقد را از بین ببرد، زیرا فرض مسئله عبارت از این است که اجازه هم بعداً می آید و با آمدن اجازه ی بعدی، ارکان عقد تمام می شود و این فسخ بی فایده و بی اثر است. بنا بر کشف، کشف می شود که قبلاً ارکان بوده است و بنا بر نقل هم بعد اجازه تمام می شود.

بنابراین، چون نقل و انتقال واقع شده است، دیگر ابطالی در کار نیست، منتهی این نقل و انتقال تدریجاً واقع شده است، ایجاب اصیل در زمان عقد فضولی واقع شده، قبول هم که به وسیله ی اجازه ی بعدی حاصل می گردد و لذا باید ترتیب اثر داده شود.

نظر مرحوم شیخ انصاری راجع به فرمایش میرزای قمی

این فرمایش میرزای قمی بود، ولی مرحوم شیخ می فرمایند: این مسئله مورد تسلم علماء است که فسخ در این صورت موجب ابطال است. البته اگر فسخی در بین نباشد، دو جزء عقد به هم متصل شده و اثر خودش را می کند، ولی این مطلب مورد تسلم علماء است که اگر قبل از آمدن جزء دیگر، فسخی واقع بشود، این فسخ مؤثر است.

و لذا با وقوع فسخ بین دو جزء، هر چند هر دو جزء حاصل شده است، ولی دومی نمی تواند صفت جزئیت داشته باشد، زیرا فسخ بین این دو جزء قرار گرفته است. پس بنابراین این فرمایش میرزای قمی مطلب درستی نیست که بگوییم: با آمدن دو جزء، باید نتیجه مترتب بشود.

بی اثر بودن فسخ، بر اساس اطلاقات صحت معامله

ایشان می فرمایند: البته ممکن است کسی اینطور ادعاء بکند که با توجه به اطلاقاتی که حکم به صحت معامله این نوع معاملات کرده است، وقوع فسخ بین دو جزء عقد مضر به صحت آن نیست مثل بسیاری از اعمال خارجی مانند اکل و شرب و امثال آن که ضرری به انشاء انجام شده وارد نمی کند و فسخ در اینجا به معنای لغوی بوده و بی اثر و بی فایده خواهد بود.

جواب مرحوم شیخ

منتهی ایشان می فرمایند که پذیرفتن اقتضاء اطلاقات نسبت به این مورد، با وجود تسلم بین فقهاء نسبت به این مسئله، خالی از اشکال نیست. مرحوم شیخ کلام میرزا را رد کرده و بعد هم خودش یک وجهی ذکر می کند، ولی به نظر ما نظر میرزای قمی هم به همین اطلاق بوده است و با تمسک به اطلاق قائل به صحت شده است. شاید نظر میرزای قمی هم این بوده است که این مسئله از فروعات است، نه از اصول مسائل که از قدیم منتقل شده باشد و لذا با توجه به اینکه مسئله ی تفریعی است و به معصوم منتهی نمی شود، علماء مطابق نظر خودشان تفریع کرده اند، نظر ما هم بر خلاف نظر آنهاست.

ثمره سوم بین کشف و نقل

«و منها: جواز تصرّف الأصيل فيما انتقل عنه بناءً على النقل، و إن قلنا بأنّ فسخه غير مبطل لإنشائه» (۱) .

ثمره سومی که ذکر شده این است که بنا بر نقل، اصیل قبل از اجازه می تواند در آن چیزی که از او منتقل شده است، تصرف بکند، «منها جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه»، زیرا هنوز آن شیئ از ملک او خارج نشده است و لذا می تواند تصرفات خودش را داشته باشد. ایشان می فرماید: حتی اگر حرف میرزای قمی را قبول کرده و بگوییم که انصراف قولی از انشاء، مسموع نیست، ولی شخص اصیل می تواند عملاً کاری بکند که موجب لغو انشاء اش بشود. بنابراین حتی اگر هم بگوییم که با صرف انصراف لفظی، انشاء او لغو نمی شود، ولی شخص می تواند با عمل خارجی آن را لغو بکند، مثل اینکه شخص اصیل در خرید و فروش با فضولی موافقت کرده است، ولی از تصمیم خودش برگشته و ملک خودش را به شخص ثالثی منتقل بکند. چون بنا بر نقل، قبل از اجازه، این مال ملک خود شخص است، برای او جایز است که به شخص دیگری منتقل نماید. یا در صورتی که یک زن با عقد فضولی خودش نسبت به زید موافقت کرده باشد، ولی بعداً منصرف شده و خودش را به شخص دیگری تزویج کند، قهراً عقد اولی ابطال می گردد و بنا بر نقل، این حق را دارد که خودش را نسبت به دیگری تزویج بکند و حتی اگر بعداً بخواهد دوباره نسبت به عقد اولی توافق بکند، این توافق او لغو و بیهوده خواهد بود. بنابراین در صورت قول به نقل، زنی که به صورت فضولی عقد شده است، قبل از اجازه مستقل است و می تواند خودش را به دیگری تزویج بکند. و خلاصه اینکه اگر هم طبق فرمایش میرزای قمی، با انشاء قولی نشود عقد را لغو کرد، ولی با عمل خارجی عقد لغو خواهد شد.

۱- مکاسب، شیخ انصاری، ج ۳، ص ۴۱۳.

جواز تصرف اصیل قبل از اجازه ۹۳/۱۱/۰۶

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: جواز تصرف اصیل قبل از اجازه

خلاصه درس: حضرت استاد در ابتدای این جلسه به ظهور کلام محقق ثانی در عدم جواز تصرفات اصیل قبل از اجازه و نقد شیخ بر کلام ایشان می پردازند و با رد اشکال شیخ، خود اشکال دیگری بر کلام محقق ایراد می نمایند. در ادامه به فرمایش شیخ راجع به نظر بعض المعاصرین نسبت به جواز تصرف اصیل بنا بر کشف اشاره نموده و سپس فرق بین مبنای مشهور و غیر مشهور در اشتراط تعقب اجازه یا نفس اجازه را مطرح می نمایند. بحث بعدی راجع به فرق اصطلاح قدماء و متأخرین در تعریف علت و سبب است که طبق تعریف قدماء از علت، در صورت اشتراط اجازه، علت عقد کامل و در صورت اشتراط تعقب، علت ناقص بوده و مشمول ادله ی عقود نخواهد بود.

ظهور کلام محقق ثانی در عدم جواز تصرفات اصیل

محقق ثانی: « و لیس لکل من البائع و الغاصب التصرف فی العین، لإمکان اجازه المالک خصوصا علی القول بأن الإجازه کاشفه» (۱) . در مسئله ی فضولی، اصیل قبل از اجازه، حتی بنا بر نقل، نمی تواند در ملک خودش تصرف کند.

ایشان ظاهراً می فرماید که اگر مشتری بخواهد با مال غصبی یک چیزی را از بایع بخرد، نه مشتری می تواند در ملک فروخته شده تصرف کند و نه بایع که اصیل است، زیرا مشتری با مال غصبی می خواهد چیزی را بخرد و لذا مالک نشده است، تصرف مالک هم جایز نیست هم بنا بر کشف و هم بنا بر نقل. منتهی عدم جواز تصرف در کشف روشن تر از نقل است.

ص: ۴۹۴

۱- جامع المقاصد فی شرح القواعد، المحقق الثانی، ج ۶، ص ۳۳۱.

اقتضای حکم اولی عبارت از این است که شخص می تواند در ملک خودش تصرف کند و خروج از ملکیت با اجازه ی بعدی، مضر به تصرفات شخص نیست. وعبارت ایشان، ظاهر در مطلق تصرفات است نه تصرف ناقلی که زمینه ی اجازه را از بین ببرد.

نقد مرحوم شیخ بر کلام محقق ثانی

«و فیه: أنّ الإجازه علی القول بالنقل له مدخل فی العقد شرطاً أو شطراً، فما لم یتحقّق الشرط أو الجزء لم یجب الوفاء علی أحد من المتعاقدین؛ لأنّ المأمور بالوفاء به هو العقد المقیّد الذی لا یوجد إلّا بعد القید. هذا کلّه علی النقل، و أمّا علی القول بالکشف، فلا یجوز التصرّف فیه، علی ما یستفاد من کلمات جماعه، کالعلّامه و السیّد العمیدی و المحقّق الثانی و ظاهر غیرهم.» (۱)

مرحوم شیخ می فرماید: اگر ما اجازه را شرط در نقل و انتقال یا شرط در تأثیر یا جزء المؤثر یا جزء سبب یا جزء العله بدانیم، بنا بر نقل، مادامی که اجازه نیامده، شیء از ملک شخص خارج نشده و وجهی ندارد که اگر غاصب نتواند در عین خریداری شده تصرف کند، اصیل هم نتواند تصرف کند. البته اگر بعداً اجازه آمد، از ملک مالک خارج خواهد شد. عقدی که اجازه با آن آمده، منشأ نقل و انتقال شده و شخص باید به آن وفا کند و این لزوم وفا بعد از اجازه حاصل می شود.

ردّ اشکال مرحوم شیخ به محقق ثانی

این اشکال مرحوم شیخ به محقق ثانی وارد نیست، بلکه اشکال دیگری بر محقق وارد هست، و محقق قائل به چنین مطلب واضح البطلانی نمی شود که قبل از خروج شیء از ملک شخص، مطلق تصرفات- حتی تصرف غیر ناقل- برای اصیل جایز نباشد. مراد محقق این است که وقتی شخص اصیل می خواهد تصرف کند، در همین لحظه ی تصرف، احتمال دارد که مالک راضی شده باشد و اصیل نمی داند و لذا –طبق مبنای مشهور- اصاله الاحتیاط در اموال اقتضاء می کند که شخص در این شیئ فروخته شده، حتی قبل از اجازه و بنا بر نقل هم تصرف نکند، زیرا احتمال دارد که مجیز اجازه داده باشد و قهراً این شیء از ملک اصیل خارج شده و به ملک طرف مقابل منتقل شده باشد.

۱- مکاسب، شیخ انصاری، ج ۳، ص۴۱۳.

اشکال بر فرمایش محقق ثانی

اشکالی که بر فرمایش ایشان وارد است، این است که حکم آقایان به احتیاط در اموال، تقدم اصاله الاحتیاط در مقابل اصاله البرائه است به این معنی که طبق نظر مشهور، اصاله البرائه در اموال جاری نمی شود. نه اینکه اگر در مقابل احتیاط، استصحاب قرار داشت، باز هم اصاله الاحتیاط مقدم باشد. در صورتی که استصحاب جاری باشد، دیگر جایی برای جریان اصاله الاحتیاط نیست، مثلاً ـ اگر من شک داشته باشم که ملکم را به دیگری فروخته ام یا نه، می توانم تصرف کنم و جای اصاله الاحتیاط نیست. بنابراین، اشکال این است که اصاله الاحتیاط در مقابل استصحاب جاری نمی شود.

بنا بر کشف، عین مال به طرف مقابل نقل شده است و لذا عدم جواز تصرف روشن تر از نقل است. در صورت قول به نقل هم اصل مطلب اشکال دارد که در مقابل استصحاب، اصاله الاحتیاط جایی ندارد، البته مسئله ی کشف مربوط به اصاله الاحتیاط نیست.

بنابر نقل شخص قبل از اجازه می تواند در مال خودش تصرف کند، چه قطع به نیامدن اجازه داشته باشد و چه شک در آمدن و نیامدن اجازه داشته باشد با استصحاب حکم قطع پیدا شده و کلام محقق ثانی مورد قبول نخواهد بود.

بنا بر کشف بیان شیخ- که ما آن را قبول نداریم- و برخی دیگر از آقایان این است که شخص اصیل جواز تصرف ندارد، زیرا از ناحیه ی خودش مطلب تمام است.

جواز تصرف اصیل بنا بر کشف (فرمایش بعض المعاصرین)

ص: ۴۹۶

بعد می فرماید که بعض المعاصرین گفته اند: «بین کشف و نقل فرقی وجود ندارد و بنا بر کشف هم شخص می تواند تصرف کند و این کار برای او جایز است، زیرا شرط کشف و نقل اجازه است و بعد از آمدن اجازه، کشف می شود که ملک از اول انتقال پیدا کرده است، ولی استصحاب نسبت به امور استقبالی هم جایز است و ما می توانیم استصحاب عدم تعقب اجازه ی بعدی را جاری کنیم، به این معنی که اجازه امری حادث است و این امر حادث قبلًا نبوده و مقتضای استصحاب این است که بعداً هم نمی آید و لذا شیء از ملک شخص خارج نشده است، چه قائل به کشف باشیم و چه قائل به نقل. در هر دو صورت، طبق اقتضای استصحاب، شیء از ملک شخص خارج نشده و قهراً جواز تصرف دارد. البته اگر کسی یقین دارد که بعداً اجازه می آید، بنا بر کشف، الان نمی تواند تصرف کند، زیرا مال در اثر اجازه از ملک من انتقل عنه به ملک من انتقل الیه منتقل شده است».

بررسی فرمایش مرحوم شیخ

مرحوم شیخ در اینجا فرمایشی دارد که مقصودش برای ما معلوم نیست. ایشان می فرماید: عموم وجوب وفا در «أوفوا بالعقود» به اصیل می گوید که واجب است به تعهدی که کردی عمل کنی، اعم از اینکه اجازه ای بیاید یا نیاید. یعنی تو تعهد کردی که این چیز را به طرف مقابل تملیک بکنی و باید مطلقاً به این تعهدت عمل کنی. و لذا اگر علم به این هم داشته باشی که بعداً اجازه نمی آید، چون چنین تعهدی کرده ای، باید به تعهد خودت عمل کنی، با اینکه علم به این مطلب داری که اجازه نخواهد آمد و این عین هم از ملک اصیل خارج نشده و به طرف مقابل منتقل نخواهد شد، مع ذلک، اصیل حق ندارد در ملکی که می داند از ملکش خارج نشده، تصرف کند. عرض ما این است که این مطلب چطور درست است؟

ص: ۴۹۷

فرق بین مبنای مشهور و غیر مشهور در اشتراط تعقب اجازه یا نفس اجازه

بعد مرحوم شیخ می فرماید که مطلبی که بعض المعاصرین گفته، بر مسلک خودش درست است، ولی بر اساس مسلک مشهور درست نیست، زیرا ایشان تعقب را در تحقق ملکیت دخیل می داند و بر اساس این مبنی، وقتی شک در این داشته باشد که عقدی حاصل شده است یا نه، با استصحاب عدم می تواند قائل به جواز تصرف اصیل شود.

در اینجا این سؤال پیش می آید که چه فرقی بین مبنای مشهور و مبنای غیر مشهور وجود دارد؟ چه ما خود اجازه را به نحو شرط متأخر شرط بدانیم و چه تعقب اجازه را شرط بدانیم، در هر دو صورت تا مادامی که شرط در ظرف خودش حاصل نشود یا تعقب حاصل نشود، نقل و انتقالی در کار نیست. بنابراین، در وجوب وفا به عقد، چگونه بین المسلکین فرق بگذاریم؟ در هر دو صورت استصحاب جاری است، منتهی یکی استصحاب حالی است (اشتراط تعقب اجازه) و دیگری استصحاب استقبالی است. (اشتراط نفس اجازه به نحو شرط متأخر).

مرحوم شیخ در بیان فرق بین این دو می فرماید: اگر ما تعقب را شرط بدانیم، اصل عقد، تحققش مشکوک است، ولی اگر اجازه را به نحو شرط متأخر شرط بدانیم، عقد محقق است، اما تأثیر عقد در نقل و انتقال مشکوک است.

علت و سبب در اصطلاح قدماء و متأخرین

شیخ یک عبارتی راجع به سبب و علت دارد که در کلمات سابقین هم به آن اشاره شده است. بین اصطلاح قدماء و اصطلاح رایج فعلی نسبت به مسئله ی سبب و علت فرق وجود دارد.

محقق کرکی در جامع المقاصد راجع به این مسئله مطلبی دارد که در حاشیه سلطان و در شرح لمعه هم به این معنی اشاره شده است. اینها مقتضی را علت کامل می دانند و اگر مقتضی شریکی در باب اقتضاء داشت و نیاز به ضمیمه داشت، علت و سبب ناقص است، ولی اگر نسبت به اقتضاء هیچ شریکی نداشته باشد، کامل است، منتهی گاهی خود مقتضی هم برای اینکه ثابت شود و تحقق پیدا کند، نیاز به یک زمینه دارد. در اینجا هر چند علت کامل است، ولی شرط زمینه برای این است که سبب تام شود. متأخرین می گویند که سبب تام آن است که تمام اجزاء و شرایط دخالت در تمام بودن سبب داشته باشند و به مجموع من حیث المجموع سبب گفته می شود و به مقتضی تنها سبب گفته نمی شود. ولی قدماء به خود مقتضی سبب و علت می گویند، مثل اینکه آتش می سوزاند، ولی مجاورت زمینه ساز سوزاندن آتش می شود.

مرحوم شیخ چنین ادعائی می کند که اگر سبب از نظر اقتضاء کامل باشد، «أوفوا بالعقود» شامل آن می شود، ولو اینکه هنوز زمینه موجود نباشد و حتی قطع به این داشته باشیم که موجود نیست، اما با توجه به اینکه مقتضی موجود شده است، عنوان عقد بر آن صدق می کند. و از نظر اقتضاء هم کامل است و احتیاجی به ضمیمه ندارد و از نظر صلاحیت و شأنیت تأثیر، خودش کامل است. ولی اگر ما تعقب را شرط بدانیم، این تعقب جزء السبب و جزء المقتضی است و ادله ی عقد مانند «أوفوا بالعقود» چیزی را که از نظر خود مقتضی ناقص است شامل نمی شود. بنابراین اگر اجازه به نحو شرط متأخر شرط باشد، عقد کامل است و اجازه در تأثیر عقد دخالت دارد، بخلاف اینکه تعقب اجازه را شرط بدانیم که سبب و علت از جهت مقتضی ناقص خواهد بود و ادله ی عقد شامل آن نخواهد شد. منتهی ممکن است در اینجا کسی این اشکال را بکند که وقتی ما یقین داریم که بعداً اجازه نمی آید و زمینه ای برای تأثیر عقد نیست، چرا عقد واجب الوفا باشد؟

ص: ۴۹۹

شایـد مرحوم شـیخ در جواب این اشـکال بفرماید که شارع حکمةً گفته است که وقتی تو تعهدی کردی، ولو اینکه یقین داری که اجازه نمی آید، نباید از این التزام و تعهدی که کردی، رفع ید کنی، زیرا در این موارد جای اشتباه زیاد است. در جایی که مقتضـی تمام است و «أوفوا» هم شامل آن شده است، حتی اگر هم شـخص یقین و اعتقاد به این دارد که نقل و انتقالی نخواهد شـد، ولی چون با انشاء اش تعهـد کرده است، باید طبق تعهدش عمل کند، ولی در آنجایی که تعقب شـرط باشد، عقد باید از اول متصل به این خصوصیت باشد، تا بمجموعِه در حصول عقد تأثیر کند و اطلاقات عقد شامل چنین موردی نمی شود.

اگر هم الفاظ در مقابل صحیح وضع شده باشد، مراد از صحیح، صحیح اقتضائی است، به این معنی که اگر یک موردی از نظر اقتضاء کامل باشد، الفاظ شامل آن خواهد بود، ولی اگر خود اقتضاء مشکوک باشد، مثل همین موردی که تعقب شرط است، تحقق عقد هم مشکوک خواهد بود.

ولی در جایی که اجازه به نحو شـرط متأخر شـرط شده است، تحقق عقد قطعی است و «أوفوا بالعقود» شامل آن می شود و هر چند که من یقین داشته باشم که این عقد تأثیر نخواهد داشت، نباید آن را نقض بکنم.

تعبیر ایشان این است: «ما ذکره البعض المعاصر صـحیح علی مذهبه فی الکشف من کون العقد»، مراد تحقق خود عقد است نه تأثیر العقد. «من کون العقد مشـروطاً بتعقبه بالإجازه»، یعنی اگر متعقب به اجازه نشد، اصـلاً عقد نیست. و لذا شک می کند که آیـا این مورد، موضوع «أوفوا بـالعقود» هست یا نه؟ با استصـحاب می گویـد که نه، هنوز موضوع «أوفوا بالعقود» حاصل نشـده است و لـذا تصـرف جایز است. این مطلب بر اساس مذهب او صـحیح هست. «لعدم إحراز الشـرط مع الشک فلا یجب الوفاء به علی أحـد من المتعاقـدین». «و أمـا علی المشـهور فی معنی الکشف من کون نفس الإجـازه المتـأخره شـرطاً لکون العقـد السابق بنفسه مؤثرا تاما»، این اجازه فقط زمینه ساز تأثیر عقد است و کل المقتضـی خود عقد است، بر خلاف اینکه تعقب شـرط باشد. که در این صورت وصف مشکوک است و تحقق عقد مشکوک است.

ص: ۵۰۰

شیخ می فرماید: بنا بر مسلك او، عقد مشكوك است، ولی بر اساس مسلك مشهور اینطور نیست، زیرا مقتضی عقد تمام است و از نظر شأنی كامل است و «أوفوا بالعقود» هم شامل آن می شود. عبارت های دیگر شیخ خیلی مندمج است و ما خیلی سر در نیاوردیم.

یك مطلبی باید راجع به فرمایش شیخ عرض كنیم. ایشان در اینجا می فرماید كه اگر شخص قطع هم داشته باشد كه اجازه نمی آید، باز هم «أوفوا بالعقود» حكم می كند كه نباید زیر حرفش بزند و باید ملتزم به تعهدش باشد، ولی چند صفحه ی بعد اینطور تعبیر می كند: «و إنّما التزم بالمبادله متوقّعاً للإجازه، فیجب علیه الوفاء به، و یحرم علیه نقضه إلی أن یحصل ما یتوقّعه من الإجازه، أو ینتقض التزامه بردّ المالك». ایشان در این عبارت می گوید كه التزام شخص به جهت توقع اجازه است. از این عبارت ایشان استفاده می شود كه اگر شخص یقین داشته باشد كه اجازه نمی آید، التزامی هم در كار نیست. این تعبیری است كه شیخ در اینجا ذكر كرده است و ما برای رفع این مشكل و جمع بین این دو عبارت باید بگوییم كه مراد از تعقب، تعقب فعلی و شخصی نیست، بلكه تعقب شأنی و نوعی مراد است. به این معنی كه نوع اشخاص متوقع چنین چیزی هستند كه بعداً اجازه بیاید.

كشف تعقبی و انقلابی ۹۳/۱۱/۰۷

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: كشف تعقبی و انقلابی

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه، در ادامه ی بحث ثمرات، به دو قسم كاشفیت تعقبی و انقلابی و ثمره فرق بین این دو می پردازند. ایشان بعد از بیان فرمایش مرحوم شیخ راجع به فرق بین این دو قسم از كاشفیت، به بیان تهافتی در دو عبارت مرحوم شیخ پرداخته و در آخر هم توجیهی برای آن ذكر می نمایند.

ص: ۵۰۱

دو قسم كاشفیت (تعقبی- انقلابی)

كاشفیت اجازه به دو نحو ذكر شده بود: یكی به نحو تعقب بود كه در فرض تعقب اجازه، نقل و انتقالی واقع شده باشد، قسم دیگر هم به نحو انقلاب بود، به این معنی كه قبل از اجازه نقل و انتقالی واقع نشده، بلكه بعد از اجازه، واقع از اول منقلب می شود.

دو ثمره در اقسام كاشفیت در بیان مرحوم شیخ (۱)

ثمره اول: تصرف شخص اصیل در «ما انتقل الیه» در فرض آمدن اجازه

در فرض آمدن اجازه، بنا بر اینكه تعقب شرط باشد، در صورت علم به تعقب، از همان اول شرط حاصل است و لذا شخص

اصیل می تواند در عوض مال خودش تصرف کند. ولی اگر ما به کشف انقلابی قائل شده و گفتیم که از اول نقل و انتقالی در کار نیست، بلکه بعد از اجازه، واقع از اول منقلب شده و نقل و انتقالی واقع می شود، در این صورت شخص اصیل قبل از آمدن اجازه حق تصرف در عوض را ندارد، زیرا قبل از اجازه مالک نشده است.

ثمره دوم: تصرف اصیل در «ما انتقل عنه» در فرض نیامدن اجازه

این ثمره در فرضی است که اجازه نیاید، یا بالقطع یا با استصحاب. در این مسئله هم مرحوم شیخ بین کشف انقلابی و کشف تعقبی فرق می گذارد. و می فرماید بنا بر کشف انقلابی، اثر مترتب بر خود عقد است و شرط ابتداءً دخالتی در تأثیر عقد ندارد، ولی بنا بر کشف تعقبی، تعقب صفتی از اوصاف است که عقد با این صفت موثّر در نقل و انتقال است. کأنّ ایشان این نتیجه را می گیرد که تمام الموضوع برای اوفوا بالعقود، عقد نیست، بلکه تمام الموضوع، عقد با صفت تعقب است و قهراً اگر ما قائل به کشف به نحو تعقب شده و بگوییم: مقتضی برای خروج یک چیز از ملک شخص و انتقال عوض به او، دو جزء دارد: یک جزء عقد است، جزء دیگر هم وصف تعقب است، اگر قائل به این مطلب شویم، در صورت منتفی شدن وصف تعقب بالقطع یا بالاستصحاب، تصرف شخص درمال خودش هیچ اشکالی ندارد، زیرا هیچ عوضی به او منتقل نشده است و این مال هم ملک خود اوست. «أوفوا بالعقود» (۲) هم می گوید که به آن قراری که بسته اید، عمل کنید. ولی بنابر کشف انقلابی، آنچه که منشأ اثر است، نفس العقد است و صفت هیچ دخالتی در وجوب وفا ندارد. بنابراین، واجب است که شخص به نفس العقد وفا کند، نه به عقد متعقب به اجازه و فرض هم بر این است که خود شخص انشاء نقل به طرف مقابل کرده است و چنین انشائی اقتضاء ثبوت و اقتضاء تأثیر دارد و همین نفس اقتضاء، موضوع استعمالی دلیل «أوفوا بالعقود» را درست می کند. در نتیجه، این دلیل می گوید که در دخول و خروج، عقد همه کاره است و مقتضی خروج موجود است، زیرا نفس العقد انشاء شده است و چون مقتضی خروج موجود است، شخص حق تصرف در چیزی که تعهد کرده است، ندارد، ولو اینکه یقین داشته باشد که نقل و انتقالی نشده است. بنابراین، موضوع «أوفوا بالعقود» عبارت از این است که انشاء تو مقتضی برای خروج است و شما باید به آن ترتیب اثر داده و از ملک خودتان خارج فرضش کنید و کأنّ از ملک شما خارج شده و لذا نباید به آن دست بزنید.

۱- مکاسب، شیخ انصاری، ج ۳، ص ۴۱۴.

۲- مائده/سوره۵، آیه۱.

جمله ی دیگری هم که ایشان دارد، عبارت از این است که «أوفوا بالعقود» اقتضاءً حکم به صحت معامله می کند، چون مقتضی را نفس العقد می داند و چیز دیگری را در اقتضاء دخیل نمی داند، ولی تفاوتی در آثار است و نسبت به آثاری که بر علیه شخص است و اشتغال ذمه ای است، می گوید: باید شخص این آثار را بار کند و اگر مثلاً ملک خودش را به دیگری انشاء کرده، حق تصرف در ملک خودش را ندارد، زیرا مقتضی برای خروج هست و نباید در ملک خودش تصرف کند، زیرا این اثر از آثاری است که بر علیه خود شخص است، ولی همین «أوفوا بالعقود» ناظر به انتقال عوض به او نیست و باید ببینیم که قواعد راجع به آن چه حکمی اقتضاء می کند. راجع به این مورد هم گاهی قاعده حرمت تصرف را اقتضاء می کند و لذا شخص حق تصرف در عوض را هم ندارد، گاهی هم جواز تصرف را اقتضاء می نماید. خلاصه راجع به این مسئله باید اقتضاء قاعده را در نظر گرفت. پس بنا بر کشف انقلابی که اثر مترتب بر نفس العقد است، حتی با قطع به اینکه بعداً اجازه نمی آید، شخص نمی تواند در مال خودش تصرف کند، از طرف دیگر، با توجه به اینکه عوض قطعاً ملک او نشده است، در عوض هم نمی تواند تصرف بکند. «أوفوا بالعقود» نمی خواهد آن ادله را نسبت به مال خود شخص تخصیص بزند، بلکه می گوید: چون تعهد کردی، تا وقتی که از ناحیه ی مالک اصلی ردّ واقع نشده است، باید به تعهدت عمل کنی. این چیزی است که مرحوم شیخ به آن قائل است. البته اینکه بتوان به این مطالب ایشان ملتزم شد یا نه، بحث دیگری است و ما فرمایش ایشان را خوب نمی فهمیم!

ص: ۵۰۳

تهافتی در کلام مرحوم شیخ

به نظر می رسد که در فرمایشات مرحوم شیخ در اینجا یک نحوه تهافتی وجود داشته باشد. ایشان در اینجا اینطور تعبیر می کند که و لو شخص یقین دارد که بعداً اجازه داده نمی شود و قهراً در این صورت، چیزی از ملک شخص خارج نشده است، ولی چون اقتضاء خروج وجود دارد، «أوفوا بالعقود» می گوید که شما طبق این مقتضی عمل کن و لو قطع داری که بعداً اجازه نخواهد آمد. ولی در دو صفحه بعد می گوید: التزام بر اساس توقع الاجازه است و «أوفوا بالعقود» هم می گوید که روی التزام خودت بایست. معنای این فرمایش ایشان عبارت از این است که اگر توقعی در کار نبود و قطع به این داشتیم که اجازه ای نخواهد بود، التزامی هم در کار نخواهد بود. این دو تعبیر ایشان یک نحوه منافاتی با هم دارند. عبارت ایشان در اینجا این است: «مقتضی عموم وجوب الوفاء وجوبه علی الأصیل و لزوم العقد و حرمه نقضه من جانبه و وجوب الوفاء علیه لیس مراعی بإجازه المالك»، این البته بنا بر مشهور است که قائل به کشف انقلابی هستند. «بل مقتضی العموم وجوبه حتی مع العلم بعدم إجازه المالك و من هنا یظهر أنه لا فائده فی أصاله عدم الإجازه» (۱) ، یعنی این اصل چه فایده دارد؟ اگر قطع هم به نیامدن اجازه داشته باشیم، باز هم شخص حق ندارد که در ملک خودش با وجود مقتضی خروج از ملک، تصرف کند.

ص: ۵۰۴

۱- مکاسب شیخ انصاری، ج ۳، ص۴۱۵.

و اما عبارت ایشان در چند صفحه ی بعد این است: «...بأنّ الفرق بینهما أنّ الالتزام هنا غیر معلّق علی الإجازه، و إنّما التزم بالمبادله متوقّعاً للإجازه، فیجب علیه الوفاء به» (۱) یعنی التزام معلق به اجازه نیست که اگر اجازه بود، من ملتزم به خروج شده و بگویم که این شیء از ملکم خارج شده است، بلکه التزام معلق به توقع الاجازه است، یعنی اگر من این احتمال را می دهم که بعداً اجازه می دهد، به این قراری که بستم، باید ملتزم باشم. به عبارت دیگر، وفایی که شارع به آن امر می کند، دائر مدار خود اجازه نیست که اگر حتماً اجازه باشد، من التزام داشته باشم و اگر اجازه نباشد، ملتزم نباشم، بلکه دائر مدار احتمال اجازه است و شرطش احتمال الاجازه است. پس اگر من قطع دارم که اجازه ای در کار نیست، التزامی هم ندارم. ایشان قبلاً فرمود که با قطع به عدم اجازه هم شما التزام دارید و «أوفوا» شامل این مورد هم می شود، ولی در اینجا اینطور بیان می فرماید و خلاصه اینکه چنین منافاتی در این دو فرمایش ایشان وجود دارد.

پرسش: ... پاسخ: عقد یعنی التزام و «أوفوا بالعقود» هم می گوید که اگر التزام پیدا کردی تو هم وفا کن. وجوب وفا به عقد هم می گوید: انسان باید به چیزهایی که به ضرر اوست، ملتزم شده و ترتیب اثر بدهد، اما نسبت به چیزهایی که به نفع شخص است، باید به قواعد مراجعه کنیم و «أوفوا» کاری با آن ندارد.

ص: ۵۰۵

۱- مکاسب شیخ انصاری، ج ۳، ص۴۱۶.

خلاصه ایشان در عبارت اول می فرماید «أوفوا» دائر مدار التزام شخص است و حتی اگر هم قطع به عدم اجازه داشته باشد، باز هم باید ملتزم به عقد باشد، ولی در عبارت دوم می فرماید دائر مدار اجازه واقعی نیست، بلکه اگر احتمال الاجازه باشد، التزام برای خروج دارد و نباید در آن تصرف کند. البته شاید مرحوم شیخ اینطور ادعاء کند که مراد از توقعی که در اینجا ذکر شده است، توقع شخصی نیست، بلکه توقع نوعی است و این حکم حکمةً جعل شده است و در نتیجه، چون به حسب نوع و معمول، احتمال اجازه در کار هست، بنابراین اگر شخصاً هم قطع به عدم اجازه داشته باشد، ولی مقتضی موجود است و موضوع التزام برای «أوفوا بالعقود» درست شده است. بنابراین، طبق نظر ایشان، ولو اینکه شخص قطع به عدم اجازه داشته باشد، ولی بر اساس معرضیت یک چنین التزامی شده است و شارع هم حکمش را روی این التزام برده است. شاید بتوان با یک چنین تکلفی فرمایش ایشان را توجیه کرد.

تفصیل بین آثار در کلام مرحوم شیخ

خلاصه اگر توجیهی برای این دو فرمایش ایشان باشد، این است که بگوییم: مراد از توقع الاجازه، توقع نوعی است، یعنی حکم در جایی است که در معرض اجازه است و با توجه به اینکه اقتضاء هست، آثاری که بر علیه شخص است، بنا بر کشف انقلابی مترتب می شود. مثلاً عمرو یک زنی را فضولتاً بدون اجازه زن، برای زید گرفته است و خود زید اصیل است. در این فرض که زید می داند این زن اجازه نخواهد داد، چون قبلاً انشاء را قبول کرده، باید چیزهایی را که بر ضررش است، مترتب کند و عقد را از ناحیه ی آثاری که بر ضررش است، صحیح بداند، یعنی خواهر این زن را نگیرد، یا اگر این زن در صورت صحت عقد، زن چهارم اوست، زن دیگری نگیرد و امثال آن. ولی راجع به آثاری که به نفع اوست، باید طبق قواعد عمل کند. مثلاً نمی تواند به این زن نگاه کند، زیرا می داند که اجازه نمی دهد یا بالاستصحاب اجازه نمی دهد و «أوفوا بالعقود» شامل مواردی است که بر علیه شخص است و نسبت به مواردی که به نفع شخص است، باید طبق قاعده عمل شود. طبق قاعده هم اگر یک زن اجنبیه باشد و شارع به وسیله عقد، حکم به انتقال او نکرده باشد، انسان حق نگاه به مو و بدن او را ندارد.

اشکال به تفصیل مرحوم شیخ

مرحوم شیخ چنین تفصیلی را بیان کرده است، ولی این تفصیل به نظر می رسد که خیلی روشن نباشد و هیچ فرقی بین کشف انقلابی و کشف تعقبی وجود ندارد و ما نمی توانیم در التزام قائل به چنین توسعه ای بشویم که در صورت معرضیت هم قائل بـه خروج بشـویم و خلاـصه اینکه، معرضـیت تنهـا کفـایت نمی کنـد و در حقیقت شـخص می گویـد: اگر او اجـازه داد و من توانستم در مال او تصرف بکنم، من هم راضی می شوم که مال خودم از ملکم خارج بشود و این مطلب طرفینی است و اینطور نیست که شخص راضی به خروج علی الاطلاق باشد، ولو اینکه حق تصرف در عوض را نداشته باشد. بنابراین، وجداناً تصرف در عوضـین متلازم با هم هستند و نمی توانیم از نظر التزام خارجی قائل به تفکیک بین این دو بشویم و خلاصه اینکه فرقی بین کشف انقلابی و کشف تعقبی وجود ندارد.

استمرار صلاحیت ملکیت تا زمان اجازه (ثمره قول به کشف یا نقل) ۹۳/۱۱/۰۸

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: استمرار صلاحیت ملکیت تا زمان اجازه (ثمره قول به کشف یا نقل)

خلاصه درس:

حضـرت اسـتاد در این جلسه به یکی از ثمراتی که مرحوم کاشف الغطاء برای قول به کشف و نقل بیان کرده است، پرداخته و سپس رد صاحب جواهر بر این ثمره را بیان می فرمایند.

ایشان در ادامه اشـکالات نقضـی و حلی مرحوم شـیخ بر صاحب جواهر را بیان نموده و در ادامه رد آقای خوئی بر مرحوم شیخ را ذکر می فرمایند. ایشان در آخر بحث با دفاع از مرحوم شیخ، اشکالات آقای خوئی بر ایشان را مردود بر می شمارند.

ص: ۵۰۷

یکی دیگر از ثمرات قول به کشف و نقل (فرمایش کاشف الغطاء)

ثمرات دیگری برای قول به کشف و نقـل ذکر شـده است که یکی از این ثمرات را کـاشف الغطاء در شـرح قواعـد بیان کرده است که البته مرحوم شیخ اسمی از ایشان نبرده است و فقط تعبیر به بعض متأخر المتأخرین نموده است.

صـاحب جواهر هم بـدون ذکر نـام ایشـان، این ثمره را نقل و نقـد نموده و می فرمایـد (۱) : بعضـی هـا یکی از ثمرات قـول به کشف یا نقل را عبارت از این می داننـد که بنا بر کشف، مالکین از هنگام عقـد مالك می شونـد و از همان زمان نقل و انتقال واقع می گردد و لذا ادامه ی صلاحیت ملکیت تا زمان اجازه شرط نیست، ولی بنا بر نقل، باید صلاحیت ملکیت برای هر دو تا زمان عقد باقی باشد.

تسامحی در عبارت مکاسب

این چیزی هست که کاشف الغطاء فرموده است و بعد هم عبائر مفصل و الحاقاتی بیان نموده است که عبارتش را می خوانیم، ولی تعبیری در مکاسب وارد شده است که خالی از تسامح نیست.

مرحوم شیخ درمکاسب می گوید (۲) : بنا بر نقل، باید صلاحیت ملکیت برای متعاقدین تا زمان اجازه باقی بماند و سلب ملکیت از متعاقدین نشود، ولی بنابر کشف یک چنین شرطی در کار نیست.

تسامح در عبارت ایشان، عبارت از این است که وجهی برای صلاحیت ملکیت در متعاقدین وجود ندارد و ملاک صلاحیت ملکیت در مالکین است و لذا چنین شرطی نسبت به فضولی - که یکی از متعاقدین است- معتبر نیست و در فضولی ملکیت خود فضولی مطرح نیست و خلاصه اینکه عبارت «متعاقدین» تسامح در تعبیر است.

۱- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، شیخ محمد حسن النجفی الجواهری، ج ۲۲، ص ۲۹۰.
۲- مکاسب، شیخ انصاری، ج ۳، ص ۴۱۹.

پرسش: ... پاسخ: این شرایط در عاقد معتبر نیست و مثلاً اشکالی ندارد که یک کافر به دیگری قرآن بفروشد. خود ایشان هم مثالهایی زده است که برای اجزاء عقد، لازم نیست که شخص مالک باشد و ملکیت در عاقد معتبر نیست. بنابراین، این تعبیر ایشان تسامح است.

ردّ صاحب جواهر بر فرمایش کاشف الغطاء

خلاصه اینکه، مرحوم کاشف الغطاء بیان مفصلی نسبت به این مطلب دارد که بین قول به کشف یا نقل در لزوم استمرار صلاحیت ملکیت، تفاوت وجود دارد، ولی صاحب جواهر می فرماید که چنین تفاوتی وجود ندارد و در هر صورت، چه قائل به نقل باشیم و چه قائل به کشف، باید صلاحیت تا زمان اجازه استمرار داشته باشد و اگر هم در بعضی جاها با نبود استمرار صلاحیت ملکیت، عقد تصحیح شده است، به طور استثناء وارد شده است و ما هم فقط به همان مورد خاص جمود می نماییم و از آن تعدی نمی کنیم.

بنابراین، به نظر می رسد که در هر دو صورت، باید قابلیت ملکیت تا زمان اجازه استمرار داشته باشد و اگر هم روایت خاصی بر خلاف ارتکازات عرفی وارد شده است، باید آن را تعبداً بپذیریم.

در روایت وارد شده است که کسی غیر از ولی شرعی (مثل ولی لغوی که تصدی کارهای صغیر یا صغیره را بر عهده دارد) عقدی را به صورت فضولی برای صغیر و صغیره انجام داده است. پسر بعد از بزرگ شدن نسبت به این عقد فضولی اجازه داده و قبل از اینکه دختر به سن بلوغ برسد، مرده است. در این روایت وارد شده است که دختر بعد از اینکه به سن بلوغ رسید، اگر بخواهد عقد سابق را امضاء کند، باید قسم بخورد که من برای ارثیه این عقد را امضاء نمی کنم و اصلاً دلم می خواست که چنین شوهری داشته باشم، ولی اراده ی الهی اینطور تعلق گرفته است.

گاهی عقد برای نقل و انتقال مالکیت است و گاهی هم برای وقوعیت زوجیت است مثل همین روایتی که بیان شد. در مورد این روایت، صلاحیت زوجیت تا زمان اجازه استمرار پیدا نکرده است، مع ذلک چنین عقدی تصحیح شده و احکام زوجیت از ابتداء بر آن بار شده است و لذا ارث زوج را که به دستور شرع کنار گذاشته بودند، باید به این دختر بدهند.

صاحب جواهر می فرماید که این روایت خاص وارد شده است، ولی ما به همین مورد جمود پیدا کرده و می گوییم که در غیر این صورت، بقای قابلیت شرط است.

جواب مرحوم شیخ به صاحب جواهر

جواب نقضی

مرحوم شیخ در جواب نقضی به صاحب جواهر می فرماید که ظاهراً خود ایشان در برخی از مباحث اش قبول کرده است که که اگر یک معامله فضولی واقع شد و قبل از اجازه معاملات دیگری نسبت به این ملک واقع شود مثلاً فضولی یک چیزی را به زید می فروشد، قبل از آمدن اجازه نسبت به این معامله، زید هم این شیء را به عمرو می فروشد، او هم به بکر و همین طور چند دست این شیء می گردد.

ایشان می فرماید که با اجازه ی مالک اصلی نسبت به عقد اول، بقیه ی عقدها هم تصحیح می شود، با اینکه مالکیت طرفین تا وقت اجازه باقی نمانده است و مالکیتی هم که بعد از اجازه می آید، یک مالکیت محدود به زمان خودش تا قبل از فروش دوم است و بعد از آن دیگر تا زمان اجازه ادامه پیدا نکرده است.

جواب حلی

در جواب حلی هم می فرمایند که ما روایات و ادله ای راجع به صحت فضولی داریم که بعضی از آنها صریح در عدم اعتبار استمرار تا زمان اجازه و بعضی هم ظاهر در این مطلب است.

بنابراین، غیر از مسئله ی نقض، برخی از ادله هم اقتضاء می کند که استمرار قابلیت معتبر نباشد.

صراحت روایت عبد مأذون در عدم اعتبار استمرار قابلیت ملکیت تا زمان اجازه

یکی از روایاتی که صریح در عدم اعتبار قابلیت است، روایت عبد مأذون است که چند گروه در این مطلب با هم نزاع پیدا کردند که این عبد با پول چه کسی عبد را خریده و آزاد نموده و به حج فرستاده است.

در این روایت (ابن اشیم) حضرت می فرمایند که هر کدام از اینها بینه آورد، با توجه به اینکه لازمه ی ادعاء آنها هم عبارت از توافق آنها نسبت به عقد (اجازه) است، ملکیت برای آنها تثبیت خواهد شد. یکی از این سه گروهی که با هم نزاع کرده اند، ورثه ی شخصی هستند که مرده است و اگر آنها بینه بیاورند، مالکیت برای آنها اثبات خواهد شد، در حالی که مالکیت مُورّث تا زمان اجازه مستدام نبوده است.

اشکال آقای خوئی به اشکالات نقضی و حلی مرحوم شیخ

البته مرحوم شیخ بیان نکرده است که ظاهر و صریح کدام است. آقای خوئی هم به ایشان اینطور اشکال می کند (۱) که وقتی شما هیچکدام از روایات را تمام ندانستید، چطور می گویید که ما به وسیله ی روایات نظریه ی صاحب جواهر را ردّ می کنیم؟!

۱- مصباح الفقاهه (المکاسب)، خویی،ج ۴، ص۱۸۵.

آقای خوئی در ادامه ی اشکال به مرحوم شیخ می گوید: جای تعجب دارد که مرحوم شیخ در اشکال نقضی به مرحوم شیخ، به بیوع متعدد استناد کرده است. طبق فرمایش آقای خوئی، هم اشکال نقضی و هم اشکال حلی مرحوم شیخ بر صاحب جواهر وارد نیست.

جواب نقضی از این جهت وارد نیست که صاحب جواهر باقی بودن قابلیت را ذکر کرده است، به این معنی که شخص قبلاً مسلمان بوده و مرتد نبوده که در اثر ارتداد صلاحیت ملکیت ردّ بشود و باید قابلیت برای ملکیتش تا آخر باقی بماند. ایشان تعبیر به فعلیت مالکیت برای طرفین نکرده است تا مرحوم شیخ با بیوع متعدد اشکال نقضی بکند.

ایشان می گوید: صاحب جواهر قابلیت را شرط دانسته است، نه فعلیت ملکیت را. بنابراین خیلی از مرحوم شیخ غریب است که چنین اشکالی را بر صاحب جواهر ایراد کرده است!

دفاع استاد از اشکالات مرحوم شیخ

البته این اشکالاتی که آقای خوئی به مرحوم شیخ نموده است، قابل دفع است، زیرا هر چند صاحب جواهر تعبیر به قابلیت کرده و می فرماید که در صورت فقدان قابلیت، اجازه هم در باب فضولی مصحح نیست، ولی ایشان اعتبار قابلیت را مقدمه برای استمرار ملکیت دانسته است و لذا اشکال مرحوم شیخ انصاری بر صاحب جواهر وارد خواهد بود.

بنابراین با توجه به اینکه در مسئله ی بیوع متعدد، استمرار ملکیت در کار نیست، اشکال نقضی مرحوم شیخ وارد است، زیرا صاحب جواهر بعد از معتبر دانستن قابلیت، می فرماید که این وجود قابلیت مقدمه برای استمرار ملکیت است.

و اما اشکالی دیگر آقای خوئی بر مرحوم شیخ، مبنی بر اینکه ایشان ادله را تمام ندانسته است، این اشکال هم وارد نیست، زیرا مرحوم شیخ بعد از ذکر ادله می گوید: ولو خیلی از این ادله محل مناقشه است، «الا ـ أنّ فی بعضها غنیً و کفایه». این کلام مرحوم شیخ است و شاید یکی از مواردی که ایشان تعبیر به «فی بعضها غنی و کفایه» کرده است، عمومات ادله باشد که دلالت بر صحت فضولی دارند و بقاء ملکیت تا زمان عقد هم در آنها اعتبار نشده است.

بعضی از روایت های خاصی هم که ایشان مثال زده است، مانند روایت عروه بارقی و امثال آن هم شاید از همین روایاتی باشد که ایشان در عبارت بالا به آن اشاره نمودند.

استمرار مالکیت تا زمان اجازه (ثمره قول به کشف یا نقل) ۹۳/۱۱/۱۱

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: استمرار مالکیت تا زمان اجازه (ثمره قول به کشف یا نقل)

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه به بررسی یکی دیگر ثمرات قول به کشف و نقل که توسط کاشف الغطاء مطرح گردیده، می پردازند. ایشان نظر کاشف الغطاء راجع به لزوم استمرار قابلیت ملکیت تا زمان اجازه، بنا بر نقل و عدم لزوم آن بنا بر کشف را بیان نموده و سپس انکار این ثمره توسط مرحوم شیخ را متذکر می شوند. همچنین در ادامه نظر صاحب جواهر که اشتراط فی الجمله ی استمرار قابلیت تا زمان اجازه را پذیرفته، مطرح گردیده و مورد نقد و بررسی قرار می گیرد.

استمرار مالکیت تا زمان اجازه (ثمره قول به کشف یا نقل)

ص: ۵۱۳

بحث در این بود که مرحوم کاشف الغطاء یکی از ثمرات قول به کشف یا نقل را این طور عنوان کرده که بنا بر کشف، استمرار مالکیت برای طرفین تا زمان اجازه، شرط در صحت اجازه نیست، ولی بنا بر نقل، شرط است

مرحوم شیخ انصاری این مطلب را انکار نموده و می فرماید که چنین چیزی شرط در صحت اجازه نیست (۱) . صاحب جواهر هم فی الجمله شرط دانسته است. (۲)

نقد مرحوم شهیدی بر مرحوم شیخ

مرحوم آقای شهیدی می گوید : مرحوم شیخ انصاری در فهم کلام صاحب جواهر اشتباه کرده است، زیرا صاحب جواهر مطلبی بیان کرده ولی مرحوم شیخ چیز دیگری را ردّ کرده که ارتباطی به کلام صاحب جواهر ندارد.

نظر کاشف الغطاء

مرحوم صاحب جواهر: در بیان ثمرات کشف و نقل گفته شده است:«و قیل: تظهر أیضاً فیما لو انسلخت قابلیه الملك عن

أحـدهما بموته قبـل اجازه الآخر»، اگر قابليت ملك از بايع يا مشترى در اثر موت قبل از اجازه منسـلخ شود، بنا بر كشف، چون نقل و انتقال قبل از اجازه واقع مى شود، مردن يكى از اين دو ضررى به نقل و انتقال قبلى نمى زند، ولى بنابر نقل چون قرار بر اين است كه بعد از اجازه نقل و انتقال واقع شود، بعد از مرگ شخص، ديگر نقل و انتقالى نيست. بنابراين، اين يكى از ثمرات بين قول به كشف يـا نقـل است. «فيمـا لو انسـلخت قـابليه الملك عن أحـدهما بموته قبل اجازه الآخر، أو بعروض كفر بارتـداد فطرى أو غيره مع كون المبيع عبـدا مسـلماً أو مصـحفاً». (۳) بـه حسب تفـاهم عرفى مراد از« بعروض كفر» يـا «بعروض كفر قبل اجازه الاخر» است، يا اعم از اين خلاصه بايـد يک چيزى را در تقـدير بگيريم و اينطور نيست كه مراد از «بعروض كفر»، مطلق كفرى باشد كه در عالم عارض مى شود. به نظر ما، ظاهر ابتدائى عبارت از اين است كه شخص قبل از اجازه مى ميرد يا قبل از اجـازه، كفرى عـارض مى شود. بنابراين مرجع ضـمير «موته» هم عبارت از مالك اصـيل خواهـد بود، زيرا در عقـد فضولى سـه طرف داريم: يـک طرف مالـک مجيز است، يـک طرف فضـولى است و طرف سوم هم مقابـل فضولى است كه همـان مـالك اصيل است. مراد از «موته قبل اجازه الآخر» عبارت از اين است كه قبل از اجازه ى مالك مجيز، مالك اصيل مى ميرد. بنابراين، مراد از «الآـخر» هم مالـك مجيز است. در اين صورت، با مرگ مالك اصـيل، بنا بر كشف نقل و انتقالى واقع شـده، ولى بنا بر نقـل، نقـل و انتقـال واقع نمى شود، زيرا طرف مقابل –كه مالك اصـيل است- مرده است و ديگر معنى نـدارد كه نقل و انتقال واقع شود. خلاـصه، ضـمير «موته» به مالـك اصـيل برگشت مى كنـد و عروض كفر و ارتـداد و امثال اينها هم مربوط به مالك اصيل مى شود.

ص: ۵۱۴

۱- مكاسب شيخ انصارى، ج ۳، ص ۴۱۹.

۲- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص ۲۹۰.

۳- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص ۲۹۰.

کلام مرحوم شهیدی

مرحوم شهیدی کلام صاحب جواهر را بیان کرده و می گوید: مراد از ضمیره «موته»، مالک اصیل است، ولی مقصود از «بعروض کفر»، عروض کفر به مالک مجیز است. معنای ایشان در مقابل معنایی است که ما بیان کردیم و این عبارت صلاحیت معنایی را که ایشان بیان می کند، ندارد. این عبارت یا تکرار «قبل اجازه الآخر» است و یا فوقش اعم است که قهراً هر دو صورت را می گیرد و مراد این خواهد بود که در صورت عروض کفر بر مالک مجیز یا مالک اصیل، بنا بر کشف، اجازه صحیح است، ولی بنا بر غیر کشف باطل است. و اینطور نیست که مراد از «بعروض کفر»، عروض کفر بر خصوص غیر اصیل باشد و با توجه به اینکه اجازه بعد از موت معنایی ندارد، مرگ هم مربوط به اصیل باشد، مراد از عبارت این نیست، بلکه ظاهر این تعبیر عبارت از این است که یا عروض کفر مربوط به اصیل است و یا اگر هم مربوط به اصیل نباشد، اوسع از هر دو صورت است. «أو بعروض کفر بارتداد فطری»، عروض کفر که شخص را از صلاحیت ملکیت خارج می کند، گاهی به این است که شخص مرتد فطری شده است و لذا قهراً از او سلب ملکیت شده و به ورثه ی مسلمانش منتقل می گردد. البته ارتداد غیر فطری این چنین نیست، ولی با توجه به اینکه مملوک، عبد مسلمان است یا مبیع قرآن است، مرتد فطری و ملی در این مطلب مشترک اند که هیچ کدام به جهت کافر بودن، نمی توانند مالک مسلمان یا قرآن بشوند. «بعروض کفر بارتداد فطری أو غیره مع کون المبیع مسلما أو مصحفا، فتصح حینئذ علی الکشف دون النقل و کذا لو انسلخت قابلیه المنقول بتلفه أو انقلابه إلی النجاسه أو عروض النجاسه». گاهی اوقات، مالک در اثر ارتداد و امثال آن از صلاحیت مالکیت می افتد، ولی گاهی اوقات مالک از صلاحیت مالکیت نیافتاده است، بلکه مملوک از صلاحیت ملکیت خارج می شود مثل اینکه وقتی یک چیزی تلف می شود، دیگر صلاحیت مملوکیت را ندارد. اگر ما قائل به کشف شویم، با توجه به اینکه این شیء قبلاً صلاحیت ملکیت را داشته است، نقل و انتقال درست است، اما اگر قائل به نقل شویم، باید در هنگام نقل و انتقال چنین صلاحیتی وجود داشته باشد. «لو انسلخت قابلیه المنقول بتلفه أو انقلابه إلی النجاسه»، یعنی به جهت تلف یا نجاست، قابلیت مملوکیت از بین رفته است.

ص: ۵۱۵

پرسش: تبدیل به شراب شده است؟ پاسخ: بله شراب شده یا نجاستی پیدا کرده است که قابل تطهیر نیست و باید آن را دور ریخت. «أو انقلابه إلی النجاسه أو عروض النجاسه له مع میعانه إلی غیر ذلک و فی مقابله». در مقابلش هم عکس این مسئله است. (۱)

اشکال صاحب جواهر

مرحوم صاحب جواهر این مطلب را از مرحوم کاشف الغطاء نقل می کند و بعد خودش در این مطلب اشکال می کند و می فرماید: چون راجع به خصوص مسئله ی «بموته» روایتی وارده شده است، ما آن را قبول می کنیم، ولی به صورت یک قاعده ی کلی آن را نمی پذیریم، بلکه به همان مورد خاصی که غیر ولی شرعی صغیرین را عقد بسته است، جمود کرده و به موارد دیگر تعدی نمی نماییم. در این روایت عقد فضولی واقع شده و بعداً هم این پسر بزرگ شده و نسبت به این عقد اجازه داده است، ولی قبل از اینکه دختر صلاحیت اجازه پیدا نماید، پسر مرده است. طبق روایت، باید این دختر قسم بخورد که اعلام موافقت او نسبت به این ازدواج بخاطر ارثیه نیست، بلکه از سر علاقه به این ازدواج می باشد. در این مسئله، روایت می فرماید که این عقد فضولی در اثر فضولی، از همان زمان عقد، زوجیت بین این دو واقع می شود و قهراً در اثر همین زن و شوهر بودن، زن ارث می برد، در حالی که در وقت اجازه به جهت مرگ پسر، صفت زوجیتی در کار نبوده است. در اینجا صاحب جواهر می فرماید: به خاطر این نص، ما این حکم را می پذیریم، ولی به همین مورد خاص جمود کرده و به موارد دیگر تعدی نمی کنیم. مراد از الاول در عبارت صاحب جواهر ممکن است موت باشد و ممکن است موت صغیرین باشد و هر دو محتمل است قبل از اجازه از صلاحیت افتاد، بنابر کشف صحیح و بنا بر نقل باطل است. «و فیه أن الأول»، یعنی موت اصیل «و إن کان قد یشهد له خبر الصغیرین الذین مات أحدهما لکن یمکن الجمود علیه»، یعنی می شود بر همین مورد اول جمود کنیم که هم موت کلی محتمل است و هم موت صغیرین. «و دعوی عدم الجواز فی غیره»، یعنی ما حرف کاشف الغطاء را در باب موت یا در باب موت صغیرین به جهت روایت قبول می کنیم، ولی نسبت به مورد روایت جمود می کنیم و در غیر این مورد صحیح نمی دانیم. بنابراین، اگر اصیل مُرد، طبق روایت بین کشف و نقل قائل به فرق می شویم، ولی نسبت به این مورد جمود کرده و می گوییم: اگر موتی در کار نباشد، فرقی بین کشف و نقل وجود نخواهد داشت و حتی بنا بر کشف هم اجازه فایده ندارد. عبارت ایشان این است:

ص: ۵۱۶

۱- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص ۲۹۰.

«لکن یمکن الجمود علیه و دعوی عـدم الجواز فی غیره، بنـاء علی الکشف أیضاً». مرحوم شـهیدی کلام کاشف الغطاء را حمل بر این کرده است که مـوت مربوط به اصـیل است، ولی بقیه ی موارد مربوط به مجیز می باشـد. ایشـان می گویـد: فقـط صـدر عبارت (موت) راجع به اصیل است، ولی ما بعدش راجع به مجیز است.

مرحوم شـهیدی این ادعا را می کند و بعد هم به مرحوم شـیخ انصاری ایراد می گیرد که ایشان کلام صاحب جواهر را درست نفهمیده است و لذا اشـکالات مرحوم شـیخ بر صاحب جواهر مندفع است. ایشان در دو جا شاهد آورده که مراد از موارد دیگر غیر از مرگ، راجع به مجیز است و هیـچ کاری به اصـیل ندارد. یکی از شواهدی که ایشان نقل کرده، این عبارت است: «لکن یمکن الجمود علیه و دعوی عـدم الجواز فی غیره بنـاء علی الکشف أیضـا ضـروره انّه علیه یمکن دعوی ظهور الأـدلّه فی اعتبار القابلیه حاله کالنقل أیضا»، یعنی در حالی که شـخص می خواهـد رضایت را اعمال کند، چه بنا بر نقل و چه بنا بر کشف، باید صلاحیت و قابلیت داشـته باشـد. که ضـمیر را به غیر آنجائی که موته ضـمیرش بر می گشت بر می گردانـد و بعروض کفر می خواهد بگوید که مجیز کافر شده است. «و انّه لولا الرّضا لکان مالکاً»، یعنی باید این طوری باشد که اگر رضایت نبود، شخص مجیز مالك همان عینی بود که در اثر اجازه از ملکیت او خارج می شود، یعنی مالك عین منقول عنه بود. ایشان این عبارت را قرینه بر مدعای خود دانسـته است، ولی این مطلب نسـبت به مالك اصـیل هم صـحیح است، زیرا در اثر اجازه، هر دو جا به جا می شونـد، هم چیزی که از ملك مالك مجیز نقل شده و هم چیزی که از ملك مالك اصـیل خارج گردیده است و در هر دو شیء، اگر اجازه نباشد، ملکیت قبلی هست.

خلاصه ایشان این عبارت را قرینه بر این دانسته که مورد دوم (غیر موت) مربوط به مالك مجیز است و راجع به مالك اصیل نیست.

استمرار مالکیت اصیل تا زمان اجازه ۹۳/۱۱/۱۲

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: استمرار مالکیت اصیل تا زمان اجازه

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه نیز به اختلاف مرحوم شیخ و صاحب جواهر در اشتراط استمرار مالکیت اصیل تا زمان اجازه پرداخته اند. و ابتداء اشکال نقضی مرحوم شیخ و سپس دلالت روایات بالصراحه یا بالظهور بر عدم اشتراط استمرار مالکیت تا زمان اجازه را مورد بررسی قرار می دهند.

استمرار مالکیت اصیل تا زمان اجازه (اختلاف مرحوم شیخ و صاحب جواهر)

راجع به اینکه آیا در باب فضولی باید مالکیت نسبت به اصیل تا وقت اجازه ادامه داشته باشد یا نه، بین صاحب جواهر و مرحوم شیخ اختلاف وجود دارد. مرحوم شیخ می فرماید (۱) استمرار مالکیت اصیل شرط نیست، بر خلاف صاحب جواهر که می فرماید شرط است. (۲)

اشکالات مرحوم شیخ بر صاحب جواهر

اشکال اول (اشکال نقضی): یکی از اشکالات مرحوم شیخ به صاحب جواهر این است که همه (حتی خود صاحب جواهر) قائل به این هستند که بنا بر کشف، اگر یک معامله ی فضولی واقع شد و قبل از آمدن اجازه ی مالك مجیز، شخص اصیل با شخص ثالثی معامله کرد، بعد از اجازه تمام عقدهایی که انجام شده، تصحیح خواهد شد، با اینکه ملکیت اصیل از اول عقد تا زمان اجازه باقی نمانده است.

ص: ۵۱۸

۱- مکاسب، شیخ انصاری، ج ۳، ص۴۱۹.
۲- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، الشیخ محمد حسن النجفی الجواهری، ج ۲۲، ص۲۹۰.

مراد صاحب جواهر از قید استمرار مالکیت اصیل

این نقضی است که مرحوم شیخ بر صاحب جواهر وارد می کند، ولی به نظر می رسد که نظر صاحب جواهر عبارت از این است که اشتراط استمرار مالکیت اصیل به این معنی است که لولا الاجازه، این مالکیت برای مالك اصیل هست و در مورد ترتب ایادی هم اگر اجازه ای نیاید، مالك اصیل از اول تا وقت اجازه، ملکیت خودش را دارد و این قید ایشان احتراز از

موردی است که اصیل مرتد شده و از اسلام خارج شود، یا مرتد فطری شده که مالکیت او نسبت به املاک ادامه پیدا نکند یا مرتد ملی شده که کافر نمی تواند مالک عبد مسلمان و قرآن و امثال آن شود. بنابراین، نظر صاحب جواهر عبارت از این است که لولا الاجازه، ملکیت اصیل ادامه پیدا کند و در مسئله ی تعقب ایادی هم، لولا الاجازه ادامه پیدا می کند. این نظر صاحب جواهر است، هر چند که عبارتش خیلی گویا نیست، ولی اگر به مجموع فرمایشات ایشان مراجعه شود، مراد ایشان فهمیده می شود.

اشکال دوم: مرحوم شیخ یک بیاناتی هم نسبت به کلام صاحب جواهر دارد که یکی از آنها عبارت از این است که دلیلی بر فرمایش صاحب جواهر وجود ندارد. صاحب جواهر مدرکی برای ادعای خودش ذکر نمی کند.

اشکال سوم: اشکال سوم هم این است که علاوه بر اینکه دلیلی بر کلام صاحب جواهر وجود ندارد، بلکه روایاتی در باب فضولی داریم که صریح یا ظاهر در عدم اشتراط چنین چیزی هستند. بعضی از روایاتی که در این باب وارد شده، صریح در این است که زنده بودن و حیات مالکین از اول عقد تا وقت اجازه معتبر نیست. بعضی هم بالظهور دلالت بر عدم اشتراط حیات مالکَین دارند. البته مرحوم شیخ مسامحةً تعبیر به متعاقدین می کند، ولی بحث راجع به مالکین است.

ص: ۵۱۹

اشتباه آقای خوئی راجع به دلالت روایت مالک بن اشیم بر عدم اشتراط

آقای خوئی می فرمایند (۱) که در روایت مالک بن اشیم ، مالک اصیل مرده، ولی با اجازه ی بعدی، معامله تصحیح شده است. این فرمایش آقای خوئی محل مناقشه است، زیرا در این روایت شخصی پولی را داده است تا عبدی خریداری شده و آزاد شود و بعد هم حج بجا بیاورد. در این روایت، دهنده ی پول مرده است و عبد را از کسی خریده اند که مدعی است با پول خود او عبد خریداری شده است. دو دسته ی دیگر هم مدعی این هستند که این عبد با پول آنها خریداری شده است. به هر حال، مالک اصیل در این روایت، صاحب عبد است، نه کسی که پول داده و مرده است. بنابراین، ثمن به عنوان فضولی قرار گرفته است نه مثمن که عبارت از عبد است.

آقای خوئی می فرمایند که در این روایت اصیل مرده است، در حالی که اصیل نمرده است، بلکه دهنده ی پول مرده است و مرحوم شیخ هم می خواهد بگوید که این معامله فضولی واقع شده است. بنابراین، این بیان آقای خوئی با این روایت تطبیق نمی کند.

و اما مرحوم شیخ می فرماید که این شخص پولی را گرفته تا عبدی را خریداری کند. در زمان حیات معطی پول، با غیر آن پول عبدی خریداری شده است، بعد هم دهنده ی پول مرده است و قهراً این معامله از نظر ثمن فضولی است و بعد از مرگ شخص هم، پول به ورثه ی مالک منتقل می شود و چون با اذن مورث یا با اذن ورثه این عبد خریداری نشده، عقد فضولی است و به ورثه منتقل می شود که اگر آنها اجازه دادند، عبد مال آنهاست. حضرت هم می فرماید که اگر بیّنه ای اثبات کرد که این عبد با پول اینها خریداری شده است، عبد هم مال همین اشخاص می شود. مرحوم شیخ می فرماید که ورثه از اول عقد تا وقت اجازه مالک نشده اند، بلکه بعد از موت مورث مالک شده اند، نه از وقت عقد و اشتراء این عبد. بنابراین، طبق فرمایش مرحوم شیخ، مالک بودن مالکین از اول عقد تا زمان اجازه معتبر نیست و این روایت بالصراحه دلالت بر این مطلب دارد.

۱- مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص۱۹۴.

دلالت اطلاق روایات فضولی بر عدم اشتراط

روایـاتی هم در باب فضولی خوانـده شـد که از اطلاق آنها اسـتفاده می شود که در صورت موت شـخص هم فضولی صـحیح است.

روایت جمیل (۱) : یکی از این روایـات، روایت جمیـل است که مالـک، مضاربه را بر یک عمل خاصـی قرار داده است، ولی عامـل غیر آن مـال را تهیه کرده و سـود برده است. قهراً مالـک هم ولو از اول إذن به این عمـل نـداده بود، ولی بـا دیـدن سود عامل، نسبت به عقد اجازه داده است. در این روایت، عقد فضولی با اجازه تصحیح شده است. اطلاق این روایت شامل موردی هم می شود که طرفی که فضولی با آن معامله کرده است در هنگام اجازه مرده باشد.

روایـات اتجار با مال یتیم و... (۲) : در روایـاتی که راجع به معـامله با مال یتیم بـدون اجازه ی ولی بود هم چنین اطلاقی وجود دارد و ممکن است کسـی که مـال از او خریـداری شـده، در هنگام اجازه مرده باشـد.آقای خوئی این دو روایت را ذکر کرده است، ولی چنـد روایت دیگر هم وجود دارد که دارای چنین اطلاقی است و شامل صورتی که مالک اصـیل مرده باشد هم می شود.

بنابراین، مرحوم شیخ می فرماید که از بعضی روایات بالصراحه و از برخی دیگر هم بالظهور استفاده می شود که حیاط مالکین از اول عقد تا وقت اجازه، در صحت فضولی معتبر نیست.

اجازه بعد از تلف (اختلاف مرحوم شیخ با صاحب جواهر)

ص: ۵۲۱

۱- تهذیب الأحکام، شیخطوسی، ج ۷، ص۱۹۳.
۲- مکاسب، شیخ انصاری، ج ۳، ص ۳۶۰.

صاحب جواهر: در جائی که خود عین تلف شده و خود ملک از بین رفته نه مالک و یا صلاحیت مملوکیت از دست رفته باشد یا شرعا از قیمت افتاده باشد در این فروض هم اجازه بالاولویه نسبت به جائی که مالک از بین رفته است فائده و ثمره ای ندارد.

مرحوم شیخ: در این فروض هم اجازه فایده دارد، زیرا وقتی در باب نکاح – که صحتش نسبت به سایر عقود اولویت دارد- اجازه ی بعد از مرگ زوج (در روایت عقد صغیر و صغیره توسط ولی غیر شرعی) فایده و اثر دارد و شارع تصحیح کرده است، به طریق اولی در غیر باب نکاح اگر متاعی تلف شود و مالکیت آن مالک به خاطر تلف شدن از بین برود، صحیح و مثمر خواهد بود. البته مرحوم شیخ، اولویت نکاح به سایر عقود را محل اشکال می داند، ولی بر اساس مسلک صاحب جواهر و امثال ایشان می توانیم به روایت باب نکاح استدلال کرده و در اینجا ادعای اولویت کنیم.

هر چند صاحب جواهر می گوید که ما به مورد روایت جمود می کنیم، ولی ایشان (مرحوم شیخ) می گوید ما حق نداریم جمود بر مورد روایت کنیم و شاید نتوان از موت به مواردی مثل ارتداد تعدی کرد، ولی می توان بر اساس مسلک صاحب جواهر از باب نکاح به باب بیع تعدی کرده و اجازه ی بعد از تلف را هم صحیح دانست.

اطلاق روایت عروه بارقی

در روایت عروه بارقی هم که شخص یکی را فروخت و دوتا گوسفند خرید و بعد هم یکی را به دیگری فروخت، (1) حضرت سوال نکرد که آیا آن یکدانه گوسفندی که باقی ماند، ذبح شد یا نه؟ ممکن است کسی که گوسفند را خریده است، همانجا آن را ذبح کرده باشد و شخص هم به ذبح گوسفند علم داشته باشد، ولی حضرت نسبت به ذبح گوسفند هیچ استفساری ننمود و با گفتن بارک الله مطلب را تمام دانسته است. بنابراین از اطلاق این روایت استفاده می شود که مالکیت تا زمان اجازه معتبر نیست.

۱- عوالی اللآلی، ابن ابی جمهور الأحسائی، ج۳، ص۲۰۵.

این فرمایش مرحوم شیخ بود در ردّ کلام صاحب جواهر که اولاً فرمود وجهی برای این ادعای ایشان وجود ندارد و ثانیاً هم روایات زیادی داریم که دلالت بر عدم اشتراط دارند. این فرمایش مرحوم شیخ به نظر ما درست است.

اعتبار استمرار مالکیت تا زمان اجازه ۹۳/۱۱/۱۳

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: اعتبار استمرار مالکیت تا زمان اجازه

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه به بیان اشکالات مرحوم شیخ بر فرمایش صاحب جواهر راجع به اعتبار استمرار مالکیت تا زمان اجازه پرداخته و سپس اشکال مرحوم آقای خوئی بر مرحوم شیخ را مطرح می فرمایند.

و در ادامه به بیان مراد صاحب جواهر پرداخته و دلالت برخی از روایات بر عدم اعتبار استمرار حیات مالکین تا زمان اجازه را ذکر می نمایند. سپس به روایاتی که بالظهور یا بالصراحه دلالت بر عدم اعتبار استمرار ملکیت تا زمان اجازه دارند، اشاره فرموده و دلالت روایت ابن اشیم را مورد بررسی قرار می دهند. و در ادامه هم دلالت فحوای روایت تزویج صغیرین و اشکال آقای خوئی بر دلالت فحوی و هم چنین پاسخ استاد به آقای خوئی ذکر می گردد.

اشکالات مرحوم مرحوم شیخ بر فرمایش صاحب جواهر

مرحوم شیخ می فرماید صاحب جواهر به دو مطلب اشاره کرده است: یکی اینکه باید قابلیت ملکیت برای طرفین تا زمان اجازه ادامه پیدا کند. و دیگر اینکه خود ملکیت هم باید ادامه پیدا کند. بنابراین هم شأنیت و هم فعلیت باید تا زمان اجازه ادامه پیدا کند (۱)

۱- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص ۲۹۰.

ایشان به هردو مطلب اشکال کرده و راجع به استمرار قابلیت می فرماید: صاحب جواهر وجهی برای مدعای خود ذکر نکرده و نسبت به این ادعاء, تعبیر به «یمکن» نموده است و وجهی هم برای ادعای ایشان وجود ندارد. قهراً اطلاقات و عموماتی هم که در مسئله هست، اقتضاء می کند که چنین شرطیتی در کار نباشد و با فقدان قابلیت تا زمان اجازه هم عقد صحیح باشد.

مرحوم شیخ نسبت به لزوم استمرار ملکیت طرفین هم می گوید که نه تنها دلیلی بر این مطلب نیست، بلکه دلیل بر خلاف این مطلب هم داریم که عبارت از عقودی است که مترتب بر بیع فضولی شده است و بنا بر کشف، بعد از اجازه، تمام عقودی که پشت سر هم واقع شده، تصحیح می شود، در حالی که ملکیت تا زمان اجازه ادامه پیدا نکرده است. «و فیه أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابلیه» (۱) وجهی برای فرمایش صاحب جواهر وجود ندارد و ایشان هم وجهی ذکر نکرده است و فقط مدعی این مطلب شده است. «ولا استمرار التملک المکشوف عنه بالإجازه إلی حینها»،به وسیله ی اجازه، تملک کشف می شود و چون

می خواهـد که اجـازه بدهـد، کأنّ بایـد در وقت اجازه هم مالک باشـد. بعـد می فرمایـد که نه تنها وجهی برای فرمایش ایشان نـداریم، بلکه دلیل بر خلافش هم داریم، «کما لو وقعت بیوع متعدده»، این تعبیر ایشان جواب قسـمت «اسـتمرار التملک» است، نه مسئله قابلیت.

آقـای خوئی به مرحوم شـیخ اشـکال می کنـد که "کلام صاحب جواهر راجع به اسـتمرار قابلیت بود، ولی جواب مرحوم شـیخ راجع به اسـتمرار خود ملکیت است". البته باید به این نکته توجه داشت که در کلام صاحب جواهر به هر دو مطلب اشاره شده است.

۱- مکاسب شیخ انصاری، ج ۳، ص ۴۱۹.

بیان مراد صاحب جواهر

«و ربما یعترض (صاحب الجواهر) علی الأوّل: بإمکان دعوی ظهور الأدلّه فی اعتبار استمرار القابلیه إلی حین الإجازه علی الکشف، فیکشف الإجازه عن حدوث الملک من حین العقد مستمرّاً إلی حین الإجازه». (۱)

بعد مرحوم شیخ می فرماید: «و لا استمرار التملک المکشوف عنه بالإجازه إلی حینها کما لو وقعت بیوع متعدده علی ماله فإنهم صرحوا بأن إجازه الأول توجب صحه الجمیع مع عدم بقاء مالکیه الأول مستمراً». (۲)

اگر ما جمود بر معانی بالمطابقه ی عبارت صاحب جواهر نداشته باشیم، می فهمیم که مقصود ایشان از استمرار ملکیت، عبارت از این است که لولا الاجازه، باید استمرار ملکیت تا زمان اجازه وجود داشته باشد، در مقابل صورتی که شخص مرتد شده است یا تلفی واقع شده است که ملکیت لولا الاجازه هم ادامه پیدا نمی کند. صاحب جواهر در صدد ردّ چنین مواردی است و فرمایش ایشان ناظر به باب بیوع متعدده نیست تا اشکال مرحوم شیخ بر ایشان وارد باشد چون در بیوع متعدده اگر اجازه نیاید آن شخصی که اصیل است ملکیتش ادامه پیدا می کند تا اجازه بیاید و بالاجازه است که بنابرکشف انتقال پیدا می کند. و صاحب جواهر هم می گوید لولا اجازه ملکیت باشد و الا خاصیت اجازه این است که انتقال صورت بگیرد.

دلالت روایات بر عدم اعتبار استمرار حیات مالکین تا زمان اجازه

«و کما یشعر به بعض أخبار المسئله المتقدمه حیث إن ظاهر بعضها و صریح الآخر عدم اعتبار حیاه المتعاقدین حال الإجازه». مرحوم شیخ بعد از اینکه می گوید صریح بعضی از اخبار عدم اعتبار حیات متعاقدین است، تعبیر به «یشعر» می کند و شاید علت این تعبیر این باشد که مورد روایت، راجع به صغیرین است و صاحب جواهر هم می گوید که ما جمود بر این مورد می کنیم و اگر بخواهیم از صغیرین تعدی کرده و معنای کلی تری را در نظر بگیریم، استفاده ی این معنی بالاشعار خواهد بود. و نمی توانیم مواردی مثل موت و امثال آن را به صورت قطعی از این روایت استفاده کنیم و فقط عرف اینطور می فهمد که خصوصیتی در مورد روایت نیست. بنابراین، دلالت این روایت بر مورد بحث ما، مانند دلالت قطعی «فَلا تَقُلْ لَهُما أُفٍّ» (۳) بر مورد اذیت کردن والدین نیست، بلکه دلالتش به نحو اشعار عرفی است.

۱- مکاسب شیخ انصاری، ج ۳، ص ۴۱۹.

۲- مکاسب شیخ انصاری، ج ۳، ص ۴۱۹.

۳- اسراء / ۲۳.

روایاتی که بالظهور یا بالصراحه دلالت بر عدم اعتبار استمرار ملکیت دارند

آقای خوئی روایت صریح در عدم اعتبار را روایت ابن اشیم نقل می کند و دو روایت مضاربه ی فضولی و اتجار مال یتیم بدون إذن ولی را ظاهر در عدم اعتبار بیان می فرماید. البته ما قبلاً هم عرض کردیم که غیر از این روایات، روایت های دیگری هم داریم که از اطلاق آنها عدم اعتبار حیات مالکین تا زمان اجازه استفاده می شود.

دلالت صریح روایت ابن اشیم

آقای خوئی می فرمایند که روایت ابن اشیم بالصراحه دلالت بر این دارد که حیات مالك اصلی (مورث) تا زمان اجازه باقی نیست، زیرا مالك اصلی کسی است که به عبد پول داده و بعد هم فوت کرده است. و چند صفحه بعد به مرحوم شیخ اینطور اعتراض می کند که این چه صراحتی است که شما طبق آن در اینجا حکم می کنید.

مراد مرحوم شیخ از روایت، موت مورث است، تعبیر آقای خوئی هم موت مالك اصلی است. ولی ایشان به مرحوم شیخ اعتراض می کند که این چه استدلالی است که شما به این روایت می کنید؟ این روایت مطلبی را ذکر می کند که اصلاً ارتباطی به باب فضولی ندارد، زیرا این روایت راجع به شخصی است که طرف مقابلش را وکیل کرده تا مملوکی بخرد و آزاد کند و بعد هم حج بجا بیاورد. بعد از وکیل کردن، طرف هم مرده است و از این روایت استفاده می شود که موت موکل، موجب بطلان وکالت نمی شود. و قهراً این بیع بالوکاله صحیح بوده است. پس بنابراین، این روایت مربوط به باب فضولی نیست. آقای خوئی این مطلب را ذکر کرده و می فرماید: عجب از مرحوم شیخ است که برای مدعای خود به این روایت استدلال کرده است.

ص: ۵۲۶

ولی ما از آقای خوئی تعجب می کنیم، زیرا صدر و ذیل فرمایش امام در این روایت، دلالت بر این دارد که شخص پولی به عبد داده است و او هم عبدی خریده و آزاد کرده و بعد هم حج بجا آورده است ولی راجع به مسئله ی آزاد کردن بنده و امثال آن، در روایت صریحاً بر خلافش حکم شده است. و می فرمایند: اما عبد باید به مالك آن پدر رد شود بعداً هم اگر آن دو دسته ی دیگر دلیلی بر حرف خودشان آوردند، این عبد مملوك آنها می شود.

اگر این روایت مربوط به مسئله ی وکالت بود، باید طبق وکالتی که واقع شده است، این آزاد کردن صحیح باشد، زیرا موکل گفته است: بنده ای را بخر و آزاد کن و وکیل هم همین کار را کرده است و اگر طبق گفته ی شما این روایت دلالت بر صحت وکالت دارد، باید آزادی صحیح باشد، در حالی که صدر و ذیل این روایت صریح در این است که این آزادی صحیح نیست.

پرسش:آیا اگر کسی بمیرد وکالتی که به دیگری داده است باطل می شود یا خیر؟ پاسخ: آقای آقا سید ابوالحسن در وسیله به صورت بتّی می فرماید که موت وکیل و موت موکل هر دو مبطل وکالت است. ایشان این مطلب را به صورت بتّی بیان می کند و اصلاً صحبتی از اقوی و اظهر و امثال آن نیست و مطلب خیلی مسلم فرض شده است.

در این روایت احتمالاتی وجود دارد. یکی اینکه ورثه ی متوفا می گویند که این شخص عبد را بعد از وفات پدر ما خریده است. (ظاهر روایت هم این است که خرید عبد بعد از وفات است) و لذا با توجه به اینکه به جهت موت پدر ما وکالت باطل است، مال پدر به ما منتقل شده است و این شخص عبد را با ملك ما خریده است. بنابراین، ورثه مدعی بطلان وکالت اند و می گویند: ما اجازه می دهیم که این عبد ملك ما بشود.

احتمال دیگر هم- که بر خلاف ظاهر است- عبارت از این است که این شخص پولی را که پدر ما برای خریدن عبد داده است را نزد خودش نگه داشته و با پول دیگری این عقد را بجا آورده است، پس بنابراین معامله بدون اجازه ی پدر و فضولی بوده است. بعد از فوت پدر هم ملکیت به ما منتقل شده است و ما باید نسبت به این معامله اجازه بدهیم که با اجازه ی ما این عبد مال ما می شود.

بنابراین ممکن است که مرحوم شیخ این معنی را برای عدم اعتبار حیات متعاقدین در نظر گرفته باشد. البته این معنی بر خلاف ظاهر است، ولی اگر بخواهیم روایت را مربوط به بحث بدانیم، باید اینطور معنی کنیم که شخص با غیر پولی که مالك داده است، این عقد را انجام داده و بعد از فوت مالك، ملکیت به ورثه منتقل شده و صحت عقد نیاز به اجازه ی ورثه دارد. مرحوم شیخ با این احتمال روایت را به بحث مرتبط دانسته است، ولی اشکال در این است که چطور ایشان این روایت را صریح حساب کرده است در حالی که ظاهر روایت بر خلاف این مطلب است. روایت می گوید: مالك پول را به عبد داده و به او گفت: این کارها را انجام بده و بعد هم مُرد و این شخص هم بعد از مردن شخص پدرش را خرید.«اشْتَرِ بِهَا نَسَمَةً وَ أَعْتِقْهَا عَنِّی وَ حُجَّ عَنِّی بِالْبَاقِی ثُمَّ مَاتَ صَاحِبُ الْأَلْفِ فَانْطَلَقَ الْعَبْدُ فَاشْتَرَى أَبَاهُ فَأَعْتَقَهُ». این روایت ظاهر در این است که شخص بعد از مرگ مالك، این کار را کرده است؛ لذا خارج از موضوع بحث ماست. و این اشکال به مرحوم شیخ وارد است که چطور ایشان در اینجا این روایت را به عنوان صریح نسبت به موضوع بحث بیان کرده است، در حالی که هیچ ارتباطی به موضوع بحث ندارد.

ص: ۵۲۸

«مضافا إلی فحوی خبر تزویج الصغیرین الذی یصلح ردا لما ذکر فی الثمره الثانیه أعنی خروج المنقول عن قابلیه تعلق إنشاء عقد أو إجازه به لتلف و شبهه فإن موت أحد الزوجین کتلف أحد العوضین فی فوات أحد رکنی العقد». مرحوم شیخ با فحوی از روایت تزویج صغیرین به مورد بحث -که عبارت از معامله و بیع است- تعدی می کنند. ایشان در عبارت بالا اینطور تعبیر کردند که «یشعر به بعض أخبار المسئله المتقدمه» و در ذیل عبارت هم به فحوی اشاره می فرمایند، ولی آقای خوئی اینطور به ایشان اشکال می کنند که وقتی ایشان هیچکدام از این روایات را تمام ندانست، چرا در اینجا به آنها استدلال می کنند؟

من احتمال می دهم که مرحوم شیخ در ردّ صاحب جواهر هم به یک بحث برهانی استدلال کرده است و هم به صورت جدلی می گوید که شما نباید این مطلب را بگویید یا متعارف اشخاص نباید این مطلب را بگویند. دلیل برهانی مرحوم شیخ عبارت از این است که صاحب جواهر دلیلی برای مدعای خود نیاورده است و در صورت نبود دلیل، عمومات در جای خودش ثابت است. دلیل جدلی ایشان هم عبارت از این است صاحب جواهر برخی روایات مانند عروه ی بارقی (1) و روایت مضاربه (2) و اتجار با مال یتیم (3) و روایتی که فسخش باطل بوده و شخص آن را فروخته و ربحی کرده است را تمام دانسته و به آنها استدلال نموده است. اطلاق بعضی از این روایاتی هم که صاحب جواهر از روایات مسئله دانسته است، اقتضاء می کند که شامل موت احدالطرفین هم باشد و لذا مرحوم شیخ در مقام جدل و الزام به مسلَّم این روایات را ذکر کرده است و دلیل اصلی ایشان همان وجه اول است که دلیلی بر این مطلب نداریم و عمومات هم صحت را اقتضاء می کند.

۱- عوالی اللآلی، ج۳، ص۲۰۵.

۲- تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۱۹۳.

۳- مکاسب شیخ انصاری، ج ۳، ص ۳۶۰. (مرحوم شیخ در این آدرس به آنها اشاره کرده است).

اشکال آقای خویی به دلالت فحوای خبر تزویج صغیرین

آقای خوئی نسبت به استدلال مرحوم شیخ به فحوای خبر تزویج صغیرین، اینطور اشکالی می کند که ما فحوی را قائلیم، ولی نه در اینجا، زیرا حکم به اولویت باب نکاح نسبت به باب بیع از این جهت است که در باب نکاح مسئله ی اولاد و فروج مطرح است و تصرفات در این باب نسبت به ابواب دیگر در نظر شرع اهمیت بیشتری دارد و لذا اگر فضولی در این باب صحیح باشد، می توانیم فضولی در باب بیع را صحیح بدانیم، زیرا باب نکاح مهم تر است و باید بیشتر در آن مداقه شود. آن مطلب در جای خود صحیح است، ولی در اینجا درست نیست، زیرا در مسئله ی تزویج صغیرین نه ولدی در کار است و نه دخول و مواقعه ای، زیرا شوهر مرده است و فقط بحث ارث مالی مطرح است و لذا در اینجا ما نمی توانیم به اولویت تمسک کرده و بگوییم: اگر چنین چیزی در باب نکاح صحیح است، در باب بیع به طریق اولی صحیح است. اگر چنین حکمی بکنیم، قیاس است و از مرحوم شیخ عجیب است که یک چنین قیاسی کرده و توجه به این مطلب نداشته است که نمی توانیم از خبر صغیرین به مسئله ی مورد بحث تعدی بکنیم.

جواب از اشکال آقای خوئی

عرض ما به آقای خوئی عبارت از این است که گاهی غیر ولی یک دختر دو ساله را برای یک پسر چهارده ساله عقد می کند. این پسر یک سال بعد بزرگ شده و ازدواج می کند و اولادی از او به دنیا می آید یا با وجود حمل، از دنیا می رود. آن دختر هم بعد از هفت سال مکلف شده و نسبت به این عقد اجازه می دهد. اگر ما این ازدواج را صحیح بدانیم، نتیجه اش این خواهد بود که غیر از مسئله ی ارث، پسر این شوهر نمی تواند با زن پدرش ازدواج کند و این ازدواج حرمت ابدی دارد. دخول هم در این مسئله شرط نیست. بنابراین، در این روایت، مسئله ی فروج مطرح است و اینطور نیست که فقط بحث ارث مالی مطرح باشد. قهراً کلام مرحوم شیخ از این ناحیه درست است، ولی اینکه ایشان اصل اولویت را قبول نکرده است، بحث دیگری است و به نظر ما هم شارع به جهاتی خواسته است که در باب نکاح مطلب ساده باشد و حتی اگر در بیابان زن بگوید: من شوهر ندارم، حضرت می فرمایند که نکاح با او اشکالی ندارد. البته در طلاق سخت گیری شده است، ولی در باب نکاح، در مقابل سخت گیری و جلوگیری مذهب مسیح، قصد شارع آسان گرفتن و ترویج نکاح است.

ص: ۵۳۰

اشکالات آقای خویی بر مرحوم شیخ – حکم حصول شرایط مفقوده قبل از اجازه ۹۳/۱۱/۱۴

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: اشکالات آقای خویی بر مرحوم شیخ – حکم حصول شرایط مفقوده قبل از اجازه

خلاصه درس: حضرت استاد در ابتدای جلسه به بررسی مسئله ی اولویت نکاح نسبت به سائر عقود پرداخته و سپس اشکالات آقای خوئی بر مرحوم شیخ نسبت به جوابی که ایشان به صاحب جواهر داده است را بررسی می نمایند. بحث بعدی راجع به حکم فضولی در صورت فقدان شرایط معتبر در عقد در ابتدای عقد و حصول این شرایط قبل از اجازه است که حضرت استاد نظرات کاشف الغطاء و مرحوم شیخ را در این مسئله بیان فرموده و سپس تفصیل مرحوم خوئی در این باره را ذکر می فرمایند. آقای خوئی در این مسئله قائل به تفصیل بین فقدان شرایط متعاقدین، فقدان شرائط مالیت و فقدان شرایط بیع شده و حکم هر یک از صور را جداگانه مورد بررسی قرار داده است.

اولویت باب نکاح نسبت به سایر عقود؟

آقای خوئی تعدی از باب نکاح به سائر معاملات به نحو فحوی و اولویت را قبول کردند (۱)، ولی اولویت روایت نکاح صغیرین نسبت به مورد بحث ما را نپذیرفتند. البته به نظر می رسد که چنین اولویتی در باب نکاح نسبت به سایر معاملات، بر اساس جهاتی که شرع در نظر گرفته است، محل اشکال باشد، زیرا رهبانیت یک امر رایجی بین مسیحیت بوده است و شرع در صدد نفی این بدعت بوده و از طرفی هم نظر شرع به زیاد شدن عدد مسلمان ها بوده است تا جایی که حضرت می فرماید: «تَنَاكَحُوا تَكْثُرُوا فَإِنِّي أُبَاهِي بِكُمُ الْأُمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَ لَوْ بِالسِّقْط». (۲) و لذا شرع بر اساس این جهات، امر نکاح را ساده گرفته است، در حالی که نسبت به طلاق قوانین سختی قرار داده است مثل وجود دو شاهد عادل؛ ولی اگر در بیابان هم زنی دیده شود و بگوید که من مانعی برای ازدواج ندارم، نکاح با او اشکالی ندارد. و چون شرع نسبت به امر ازدواج آسان گرفته، قهراً نمی توان چنین اولویتی از باب نکاح نسبت به سایر معاملات در نظر گرفت و این اولویت، مشکوک می باشد. جهت دیگرِ آسان بودن نکاح، این است که با توجه به مشکل بودن کنترل شهوت، شارع این امر سخت و حرجی را برداشته است. و شارع گاهی یک امری را تسهیل می کند تا مشکلاتی پیدا نشود.

ص: ۵۳۱

۱- مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص ۱۹۴.

۲- عوالی اللئالی العزیزیه، ج ۳، ص ۲۸۶.

بررسی اشکالات آقای خوئی بر مرحوم شیخ

ما از آقای خوئی مطلبی را نقل کرده و گفتیم که این مطلب از ایشان جای تعجب دارد که بر خلاف صریح روایت ابن اشیم فرمایشی را بیان کرده است، ولی بنده دوباره به فرمایش ایشان مراجعه کرده و دیدم که نوع بیان ایشان خیلی روشن نیست و

شایـد یـک مطلب دیگری مورد نظر ایشان بوده است و ما در نقل بیان ایشان اشـتباه کردیم. اصل مطلب ایشان شایـد عبارت از همان اشـکالی باشد که ما نسبت به فرمایش مرحوم شیخ بیان کردیم. زیرا خیلی از ایشان جای تعجب بود که بر خلاف صریح روایت مطلبی را بیان بفرمایند.

اشکال اول: مرحوم شیخ در رد کلام صاحب جواهر نسبت به اعتبار استمرار تا وقت اجازه، فرمود: (۱) طبق بعضی از روایات در زمـان اجازه، حیات احـدالطرفین از بین رفته است، مع ذلک، اجازه مصـحح عقـد در نظر گرفته شـده است و این با فرمایش صاحب جواهر منافات دارد.

آقای خوئی به مرحوم شـیخ اینطور اشـکال می کند که وقتی شما دلالت این روایات را بر صحت فضولی تمام ندانستید، چطور در اینجا برای رد کلام صاحب جواهر به آنها استدلال می فرمایید؟ (۲)

جواب از اشـکال اول: ممکن است ما از طرف مرحوم شیخ اینطور دفاع کنیم که ایشان در مقابل صاحب جواهر دو نوع جواب داده است: برهانی و جدلی.

جواب برهـانی: صـاحب جواهر برای مـدعای خود (اعتبار اسـتمرار) وجهی ذکر نکرده است و صـرف ادعاء کفایت نمی کنـد، بلکه ایشان برای اثبات مـدعای خود، بایـد شاهـدی بیاورد و در غیر این صورت، عمومات برای اثبات مفید بودن اجازه کفایت می کند.

ص: ۵۳۲

۱- مکاسب شیخ انصاری، ج ۳، ص ۴۱۹.

۲- مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص ۱۹۳.

جواب جدلی: ایشان بر اساس مسلک صاحب جواهر که این روایات را تمام دانسته و قبول نموده، جواب داده است. می فرماید: طبق صریح یا ظاهر همین روایاتی که صاحب جواهر دلالت آنها را قبول دارد، با موت احدالمتعاملین هم، اجازه مصحح عقد است.

اصل ردّ مرحوم شیخ بر کلام صاحب جواهر، همان جواب برهانی اول است که هیچ دلیلی بر این ادعای ایشان وجود ندارد و لذا مقتضای قاعده عبارت از صحت است. از این قسمت فرمایش مرحوم شیخ در برابر اشکال آقای خوئی می توان اینطور دفاع کرد.

اشکال دوم: اشکال دوم آقای خوئی به مرحوم شیخ نسبت به صراحت برخی از اخبار در این مسئله است که بیان آقای خوئی خیلی روشن نیست و غلط انداز است، «وأمّا الصریح فلم نفهم أنّه ما أراد بالصریح فی الأخبار إذ لا روایه صریحه فی ذلک بین الأخبار» روشن نیست که مقصود ایشان از صریح در اخبارِ گذشته چیست زیرا در هیچ کدام از روایات اسمی از موت نیامده است. مرحوم شیخ نه روایت نقل کرده است که در هشت روایت هیچ اسمی از موت نیست و فقط در روایت ابن اشیم شخصی مرده است که ورثه اش راجع به عبد نزاع دارند. «وأمّا روایه ابن أشیم الوارده فی العبد المأذون فهی صریحهٌ فی موت الموکّل»، روایت ابن اشیم توکیل بوده است و شخص (مورث) به طرف مقابل وکالت داده و فوت کرده است. «و تدلّ علی صحّه بیع الوکیل فیما إذا مات الموکّل بعدالبیع». ما قبلاً گفتیم: قبل البیع که سهو از ناحیه ی ما بود. ایشان می گوید: از این روایت استفاده می شود که اگر موکل بعد از بیع بمیرد، چون عقد در حیات موکل واقع شده و وکالت هم صحیح بوده است، بیع صحیح است. «ولا إشکال فی صحّه بیع الوکیل ومعاملاته فیما إذا مات الموکّل بعدالمعامله، وهذه لا ربط لها بالمقام کما لا یخفی» .این عبارت ایشان خوب عبارت تحریر نشده است.

ایشان می فرماید: اگر معامله در حال حیات واقع شده بود و شخص وکیل، پدرش را خریده و بالوکاله آزاد کرده و بعد هم آن موکل مرده باشد، دیگر این روایت ارتباطی به بحث ما نخواهد داشت، ولی مفروض روایت عبارت از این نیست، زیرا از این روایت استفاده می شود که خرید و آزاد کردن عبد، با توکیل و در زمان حیات موکل نبوده است، بلکه این کار بعد از وفات واقع شده است. قهراً اگر عقد بعد از وفات واقع شده، این مال، متعلق به ورثه بوده و مال ورثه بدون إذن آنها، خرید و فروش شده است. ورثه هم بعد از اطلاع از این جریان، نسبت به عقد اجازه داده اند. در این صورت، این روایت چه صراحتی در این مطلب دارد که حیات از زمان عقد تا زمان اجازه استمرار پیدا نکرده است؟ البته عدم استمرار حیات در صورتی بود که عقد در حال حیات مورث واقع شده بود، در حالی که از مفاد روایت اینطور استفاده می شود که عقد بعد از وفات شخص انجام شده است و لذا این روایت شاهد بر کلام مرحوم شیخ نیست.

خلاصه اینکه تعبیر ایشان خیلی مندمج بیان شده است و گاهی انسان در اثر متوجه نشدن بیان یک شخص، دچار ظلم و تعدی می شود. البته آقای خوئی خیلی خوش بیان است، و ممکن است این کوتاهی از جانب مقرر باشد. شاید هم خود ایشان در بیان مطلب کوتاه آمده است.

حصول شرائط معتبر در هنگام اجازه

ص: ۵۳۴

تا اینجا بحث راجع به این مسئله بود که بیع و مالک، واجد شرایط هستند، ولی نمی دانیم که آیا استمرار تا وقت اجازه معتبر است یا نه؟ ولی مرحوم کاشف الغطاء بحث دیگری را عنوان کرده است که اگر شرایطِ معتبر در عقد، در ابتداء موجود نباشد، ولی در حال اجازه حاصل شده باشد، آیا ثمره ای بین قول به کشف و نقل وجود دارد یا نه؟

نظر مرحوم کاشف الغطاء: چون عقد از اول واجد شرایط صحت نبوده و در زمان اجازه ی مالکین شرایط صحت پیدا شده، بنا بر نقل، عقد صحیح و بنا بر کشف، باطل است. (عکس صورت قبلی)

نظر مرحوم شیخ: هر چند باب مناقشه در این مسئله وسیع است، ولی به نظر ما بنابر هر دو مسلک (نقل و کشف) عقد باطل است. (۱)

نظر مرحوم آقای خوئی: ایشان این مسئله را بسط داده و اقسام مختلفی را که در صحت معامله دخالت دارد، عنوان کرده است. (۲)

قسم اول: گاهی شرایط فاقده مربوط به متعاقدین است، مثل اینکه شخص نابالغ یا دیوانه عقد را انجام داده باشد. حال در صورتی که فاقد این شرایط، در زمان اجازه واجد شرایط شود، چه حکمی دارد؟ ایشان می فرماید: عقد در این صورت علی کلا المسلکین (کشف و نقل) باطل است و چه قائل به کشف شویم و چه قائل به نقل شویم، چنین عقدی که بچه ی نابالغ انجام داده باطل است، زیرا «عمدالصبی و خطائه سیّان». یا در صورتی که دیوانه، عقدی را انجام داده باشد، عندالعقلاء و عندالشرع حکمی ندارد چه ما قائل به کشف شویم و چه قائل به نقل شویم. مثل صورتی که هیچ چیزی صادر نشده، مالک چه چیزی را می خواهد اجازه دهد؟ و قهراً چنین عقدی باطل است.

ص: ۵۳۵

۱- مکاسب شیخ انصاری، ج ۳، ص ۴۲۰.

۲- مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص ۱۹۵.

قسم دوم: گاهی فقدان شرایط مربوط به شرایط بیع است.

قسم سوم: گاهی مربوط به شرایط ملکین است.

قسم چهارم: گاهی هم مربوط به مالکین است.

حکم مسئله در این اقسام با هم تفاوت دارد و باید هر کدام جداگانه مورد بحث قرار گیرد.

بررسی نظر مرحوم آقای خویی

بررسی قسم اول: بعید است که صورت فقدان شرایط متعاقدین مثل عقد نابالغ و دیوانه، از باب ثمرات کشف و نقل، مورد نظر کاشف الغطاء و صاحب جواهر باشد. البته ایشان بحث را توسعه داده اند، ولی بعید نیست که چنین صورتی اصلاً خارج از مصبّ کلماتشان باشد. و اگر به یک اعتباری این صورت را داخل در ثمرات کشف و نقل بدانیم، باز این مطلب مسلم نیست که اگر یک شخص نابالغی عقدی را انجام داد و بعداً مالک نسبت به آن عقد اجازه داد، عقد باطل باشد، زیرا چه مانعی دارد که امضاء و اجازه ی مالک، حکم ایجاب را داشته باشد. حتی اگر عقدی هم خوانده نشده باشد و فقط یک چیزی کتابت شده و نزد شخص آورده شود و او هم آن را امضاء کرده و با آن موافقت کند، طرف مقابل هم صلاحیت عقد را داشته باشد، آیا بنای عقلاء چنین عقدی را نفی کرده و این امضاء را کلاامضاء می داند؟! وقتی شخص عمل نابالغ را قبول می کند و طرف مقابل هم صلاحیت دارد، نمی توانیم چنین عقدی را مسلم البطلان بدانیم و بعید نیست که عقلاء این اجازه را کافی بدانند، منتهی قبول متقدم و ایجاب متأخر است. و در این صورت، بنابر کشف عقد صحیح نیست، اما بنابر نقل صحیح است و این مورد هم می تواند از ثمرات قول به کشف و نقل باشد.

بررسی قسم دوم: بعد ایشان می فرمایند که در بعضی از صور متعاقدین شرایط لازم را دارند، ملکین هم قابلیت ملکیت را دارند، ولی شرایط بیع درست نیست. مثال: در هنگام عقد، بیع غرری باشد، ولی در وقت اجازه از غرری بودن خارج شود. مثل اینکه شخص یک صندوقی را معامله کرده که در هنگام عقد محتوای آن نامعلوم بوده، ولی قبل از اجازه محتوای آن معلوم شده و رضایت طرفین حاصل شده است. ایشان می فرمایند در این صورت هم علی المسلکین، عقد باطل است، زیرا غرر حدوثاً مبطل معامله است. ولی بیان نمی کند که به چه دلیل حدوث غرر مانع از صحت عقد است.

وقتی قبل از نقل و انتقال خارجی، محتوای صندوق معلوم شده و بیع از غرری بودن خارج می گردد و در نتیجه نزاعی واقع نمی شود، چه دلیلی برای بطلان عقد وجود دارد؟! در وقت حدوث غرر، صلاحیت نقل و انتقال وجود نداشته، ولی حالا که قبل از اجازه، عقد از غرری بودن خارج شده، دلیلی بر بطلان عقد نداریم و در نتیجه، بنا بر نقل اشکالی در این عقد نیست، ولی بنا بر کشف اشکال دارد و جای تأمل است.

قسم پنجم: فقدان شرط مالیت

صورت بعدی راجع به مالیت اشیاء است که در هنگام عقد، این شیء فاقد صلاحیت مالیت بوده است، ولی قبل از اجازه صلاحیت پیدا کرده است، مثل اینکه شخص خمری را فروخته است، ولی قبل از اجازه، این خمر تبدیل به خل شده باشد. در این صورت هم ایشان می فرمایند که بنا بر هر دو مسلک، (کشف و نقل) عقد صحیح نیست. در اینجا دو فر ض را بیان می کند: یکی اینکه انسان میوه را قبل از رسیدن وقتش و قبل از اینکه موجود شود، می فروشد. البته مراد از این صورت، بیع سلف نیست، زیرا در سلف ملکیت الان است، ولی مملوک متأخر است و عین کلی به ذمه شخص می آید، منتهی زمانش بعد است. ولی در این جا عین شخصی را می خواهد تملیک کند و در باب بیع دعوای اجماع کرده اند که ملکیت نمی تواند متاخر باشد.

نمی دانم این مسئله اتفاقی است یا نه، ولی در باب اجاره ی وسیله دیدم که ایشان می فرماید: ممکن است در اجاره، صیغه الان خوانده شود، ولی ملکیت منفعت از یک ماه دیگر باشد، ولی در باب بیع اینطور نیست و مرحوم شیخ طوسی در مبسوط و شهیدین دعوای اجماع بر این دارند که چنین چیزی در بیع صحیح نیست و ملکیت مبیع نمی تواند استقبالی باشد. مرحوم شیخ طوسی حتی تعبیر به «بلاخلاف بین المسلمین» کرده است. بنابراین به نظر می رسد بیع چیزی که موجود نیست یا در حکم معدوم است مثل خمر، صحیح نیست و بنا بر هر دو مسلک (کشف و نقل) باطل است.

حصل شرایط صحت عقد قبل از اجازه ۹۳/۱۱/۱۵

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: حصل شرایط صحت عقد قبل از اجازه

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه به مسئله ی حصول شرایط صحت عقد قبل از اجازه یا در وقت اجازه پرداخته و ابتداء نظر مرحوم شیخ را مبنی بر بطلان کلی چنین عقدی و عدم تأثیر اجازه بیان فرموده و سپس تفصیلات مرحوم آقای خوئی راجع به اقسام مختلف را مورد اشاره و نقد و بررسی قرار می دهند.

حصول شرایط صحت در وقت اجازه

نظر مرحوم شیخ: در مواردی که ابتداءً بیع فاقد شرایط بوده، ولی قبل از اجازه، واجد شرایط شده، مرحوم شیخ به طور کلی حکم به بطلان و عدم تأثیر اجازه کرده است. (۱)

تفصیل مرحوم آقای خوئی

مرحوم آقای خوئی قائل به تفصیل بین موارد مختلف شده است :

ص: ۵۳۸

۱- مکاسب شیخ انصاری، ج ۳، ص ۴۲۰.

فقدان شرایط متعاقدین: در ابتداء یکی از متعاقدین یا هر دو شرایط لازم را نداشته، ولی بعداً واجد شرایط شده اند. البته خیلی معلوم نیست که این قسم مرتبط به کلمات سابقین مثل کاشف الغطاء و صاحب جواهر باشد، زیرا متعاقدین غیر از متعاملین هستد.و بحث این گذشت.

فقدان شرایط بیع: بحث دیگر این است که در هنگام عقد شرایط بیع وجود ندارد، ولی این شرایط بعداً وجود پیدا می کند. مثلاً بیع فضولی در هنگام انشاء، غرری بوده، ولی قبل از اجازه ی مجیز از غرری بودن خارج شود. مانند آنجا که ثمن یا مثمن یک صندوقی بوده که محتویات داخل آن معلوم نبوده و لذا معامله غرری بوده، ولی بعداً این غرر با علم به محتویات صندوق

مرتفع گردیده است. آقای خویی می فرماید که این قسم باطل است و فرقی هم بین نقل و کشف نیست، زیرا حدوث غرر مانع از صحت معامله است و لذا معامله باطل می باشد. البته ایشان دلیلی برای مختار خودشان بیان نمی کنند و فقط کأنَّ این مطلب را به صورت ارسال مُسلّم دانسته است که حدوث مانع از صحت است، با اینکه به نظر می رسد از باب تناسب حکم و موضوع، ملاک تأثیر غرر در بطلان، زمانی است که نقل و انتقال خارجی واقع می شود. و این مسئله مطلب روشنی نیست که بگوییم معامله در هر صورت باطل است و به نظر می رسد که فرمایش ایشان دلیل محکمی بر بطلان نباشد.

صور مختلف فقدان شرایط مال در کلام آقای خویی

ص: ۵۳۹

ایشان راجع به شرایطی که مربوط به خود مال است، می فرمایند: حکم مختلف است و در بعضی از موارد مطلقاً باطل است و در بعضی از موارد هم مطلقاً صحیح است و در تمام این صور، قول به کشف یا نقل تأثیری در نتیجه ندارد.

معدوم بودن ثمن یا مثمن (تکویناً یا شرعاً): گاهی اوقات ثمن یا مثمن وجود خارجی ندارد و مالیتی در کار نیست، ولی گاهی اوقات هم وجود خارجی دارد، منتهی شرع آن را مال به حساب نمی آورد. و در هر دو صورت مال معدوم است، ولی در بعضی موارد تکویناً موجود نیست و در برخی موارد هم به اعتبار شرع معدوم است، مورد اول مثل این است که در وقت شکوفه، به صورت فضولی، ثمره را به عنوان نقد بفروشند، (نه به عنوان سلف). مورد دوم هم مثل این است که شخص در هنگام عقد فضولی، شراب را بفروشد، ولی در هنگام اجازه، این شراب به خل تبدیل شده باشد. ایشان می فرمایند که در هر دو صورت (معدوم بودن تکوینی یا شرعی) عقد باطل است، چه قائل به کشف باشیم و چه قائل به نقل، زیرا چیزی که حقیقتاً یا عرفاً معدوم است، نمی تواند موضوع اثر باشد و در این حکم هم فرقی بین دو مسلک وجود ندارد.

عدم صلاحیت نقل برای ثمن یا مثمن: صورت دیگر عبارت از این است که ثمن و مثمن مالیت دارند، ولی در حال بیع یک خصوصیتی در آنها هست که در آن حال، صلاحیت نقل و انتقال نیست، ولی در حال اجازه، صلاحیت نقل و انتقال پیدا می شود. البته ممکن است که قبل از اجازه هم این صلاحیت پیدا شود. ایشان می فرماید که در این صورت، چه قائل به کشف باشیم و چه قائل به نقل، در هر دو صورت، اجازه صحیح است و این صحت در صورت قول به نقل خیلی روشن است. مثالی که ایشان می زنند، عبارت از این است که شخصی یک چیز ارزشمند وقفی را فضولتاً بفروشد و هر چند فروش وقف جایز نیست، ولی در برخی موارد این حکم استثناء شده است و یکی از این موارد هم جایی است که بقای وقف منشأ نزاع و کشت و کشتار بین اشخاص شود و در اینجا هم قبل از اجازه، مصحح فروش این مال وقفی حاصل شود. مثال دیگر هم عبارت از این است که یک آب متنجس به صورت فضولی فروخته شود، ولی قبل از اجازه این آب متنجس به وسیله ی کُر، جاری یا باران تطهیر شود. مثال دیگر هم فروختن فضولی أمّ ولدی است که صلاحیت نقل و انتقال ندارد، ولی در هنگام اجازه، این صلاحیت به جهت مردن ولد حاصل شود. حال بحث است که آیا بعد از حصول صلاحیت نقل و انتقال، اجازه صحیح است یا نه؟ ایشان می فرمایند که چه ما قائل به نقل باشیم و چه قائل به کشف، در هر دو صورت اجازه صحیح هست. اگر ما قائل به نقل باشیم، این بیع، بیع مالک مجیز است و این بیع به وسیله ی اجازه، منتسب به مالک می شود و در حقیقت، مالک با اجازه اش یک چیزی را به طرف مقابل منتقل می کند. هم مالیت هست و هم بیع صحیح است، بنابراین اشکالی در این مسئله نیست. البته اگر قائل به کشف شویم، ممکن است عدم صحت اجازه تخیل شود، زیرا بیع از اول صلاحیت نقل و انتقال را به جهت وقفی بودن، یا ام ولد بودن نداشته است. ایشان می فرمایند که بنابر کشف، از همان وقتی که صلاحیت نقل و انتقال قبل از اجازه حاصل می گردد، کشف از حصول نقل و انتقال می شود، نه از زمان بیع. بنابراین، کشف و انکشاف راجع به وقت بیع نیست تا این اشکال مطرح شود.

فقدان شرایط مالکین

قسم دیگر، فقدان شرایط مربوط به مالکین است. مثل مالکی که زمان عقد فضولی کافر بوده ولی در اختیار او عبد مسلمان یا مصحف قرآن بوده است، ولی قبل از اجازه یا در وقت اجازه مسلمان شده است. (کافر صلاحیت داشتن عبد مسلمان یا مصحف را ندارد). ایشان در این صورت هم می فرمایند که بنا بر هر دو مسلک (کشف و نقل) اجازه صحیح است، و اما بنا بر نقل، در زمان اجازه، یک مسلمانی قرآن را با مسلمان دیگری مبادله می کند و این کار هیچ اشکالی ندارد، بنا بر کشف هم اینطور نیست که از کشف از صلاحیت طرفین از اول عقد بشود، بلکه از همان وقتی که شخص مسلمان شده است، چنین صلاحیتی کشف می گردد. این فرمایش آقای خوئی است. خلاصه، ایشان در بعضی جاها قائل به بطلان مطلق و در بعضی جاها هم قائل به صحت مطلق شده اند و در این حکم، بین قول به کشف و نقل فرق نگذاشته اند.

نقد فرمایش آقای خوئی

ایشان فرمودند که اگر یک چیزی معدوم بود یا مالیت نداشت و بعداً موجود شد یا مالیت پیدا کرد، علی کلا المسلکین عقد باطل است، ولی برای ما روشن نیست که این صورت با برخی دیگر از صور که ایشان قائل به صحت شدند، چه فرقی دارد؟ مثلاً- بنا بر نقل، وقتی یک چیزی هنگام عقد خمر بوده، ولی در وقت اجازه تبدیل به خل شده و مالیت پیدا کرده است، در حقیقت صلاحیت بیع و نقل و انتقال را پیدا کرده است. بنابر کشف هم می گوییم که از همان وقتی که برای این خمر، مالیت و صلاحیت حاصل شده است، کشف از صلاحیت می کنیم و ما اگر این مطلب را درست بدانیم، نباید هیچ فرقی بین اقسام مختلف وجود داشته باشد.

و امـا اصـل این مطلب که آیا کشف از صـلاحیت قبل از اجازه، کفایت در صـحت عقـد می کنـد یا نه، محل بحث است، زیرا مجیز نسـبت به همان چیزی که مورد انشاء فعلی قرار گرفته است، توافق می کنـد که در آن زمان هم صـلاحیتی وجود نداشـته است. و باید دید آیا حصول صـلاحیت بعد از عقد و قبل از اجازه کفایت می کند یا نه؟ اگر حصول صلاحیت به این شکل را کافی بدانیم، دیگر فرقی بین نقل و کشف وجود نخواهد داشت. در بیع صـرف و سـلم هم هنگام عقد صـلاحیت نقل نیست تا زمانی که قبض صورت نگرفته است، ولی همه ی قائلین به کشف، این را صـحیح می دانند مثل مواردی که خود شـخص عقد را انجام می دهـد، ولی مُنشأ او را شارع در روزهای اول امضاء نمی کند و می گوید که بعد القبض من امضاء می کنم. در این صورت، بیع بعد القبض نیست و تأخر مُنشأ از انشاء اش نیست که باطل باشد. آن بیعی که راجع به بطلانش دعوای اجماع شده است، در جایی است که بیع اسـتقبالی باشـد، نه در چنین مواردی که امضاء شارع مثلاً بعد القبض است. در این موارد اشـکالی نیست، ماننـد باب معاطات که مرحوم آخوند راجع به تصـحیح مشـکل «ما قصد لم یقع ما وقع لم یقصد» می گوید که شـخص ابتداء قصد تملیک و تملک می کند، ولی مثلاً بعد از تصـرف، شارع امضاء می کند و مانند بیع صـرف و سـلم است که شارع دیرتر امضاء می کنـد و این مسـئله موجب بطلان نیست. در اینجا هم همان عقد سابق مورد اجازه قرار می گیرد، ولی شارع بیع را از اول انشـاء امضـاء نمی کنـد و امضـاء او یک شـرایطی دارد مثل قبض یا اسـلام یا مالکیت یا صـلاحیت برای خل شـدن یا وجـود خـارجی پیـدا کردن. و اگر مـا این مطلب را صـحیح بـدانیم، در تمـام اقسـام صـحیح است و فرقی هم بین کشف و نقل نیست.

ص: ۵۴۲

عرض بنده این است که مشتهر بین کتب عبارت از این است که اگر شخص ملک خودش را با ملک دیگری فروخته باشد، از باب تبعض صفقه، نصفش تصحیح می شود، یا در جایی که مایملک با ما لایملک مثل خمر و خل با هم فروخته شده باشد، آقایان می گویند که تبعیض می شود و خلاصه اینکه اگر ما قائل به تبعیض شدیم، تصحیح می شود، ولی اگر قائل نشدیم، حکم به بطلان می کنیم. بنابراین فرقی بین این تفصیلات نیست و همچنین در بطلان، فرقی ندارد که مالیت نباشد یا صلاحیت ملکیت وجود نداشته باشد.

حصول شرایط مفقوده، قبل از اجازه – موت یا ارتداد اصیل قبل از اجازه ۹۳/۱۱/۱۸

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: حصول شرایط مفقوده، قبل از اجازه - موت یا ارتداد اصیل قبل از اجازه

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه به مسئله ی اجازه ی مالک بالغ نسبت به عقد فضولی صبی پرداخته و نظرات مختلف در مصحح بودن اجازه و یا بطلان عقد را به صورت مفصل بیان می فرمایند. بحث بعدی راجع به حصول صلاحیت نقل و انتقال بعد از عقد و قبل از اجازه است که آیا با حصول این صلاحیتی که در هنگام عقد نبوده است، اجازه مصحح خواهد بود یا نه؟ مسئله ی آخر هم راجع به جایی است که مالک اصیل قبل از اجازه مرده و یا مرتد شده باشد که نظر آقای خوئی در این مسئله و تفصیل بین موارد مختلف مورد بررسی قرار می گیرد.

اجازه مالک بالغ نسبت به عقد فضولی صبیّ

ص: ۵۴۳

صورت مسأله: متعاقدین نابالغ بوده و صلاحیت عقد را نداشته اند و اگر فضولی هم نبود نقل و انتقالی به واسطه صغیر انجام نمی شد بعدا وقت اجازه این ها بالغ شدند آیا این عقد صحیح است یا خیر؟ البته بالغ شدن عاقد دخالتی ندارد و ممکن است اصلا بالغ نشده باشد ولی مالک مجیز در هنگام اجازه بالغ شده است. آیا چنین عقدی با اجازه تصحیح می شود و نقل و انتقال حاصل می شود؟

به نظر می رسد که در اینجا بین دو فرض تفاوت وجود داشته باشد:

فرض اول: یک مرتبه ما می گوییم که وقتی شخص اجازه داد، بنا بر کشف یا نقل، خاصیت این اجازه تصحیح عقدی است که واقع شده است، منتهی بنا بر کشف، تصحیح به معنای حصول نقل و انتقال از زمان عقد است و بنا بر نقل، به این معنی است که فعلیتِ عقدِ مُنشأ تا وقت اجازه باقی مانده است، مثل باب وصیت که وقتی شخص وصیت می کند، فعلیت مُنشأ برای وقت موت می ماند. بنابراین، ممکن است بگوییم که شارع عقد را مؤثر و موجب نقل و انتقال می داند، منتهی، موجب نقل و انتقال در زمان متأخر. در باب وصیت هم علت نقل و انتقال، وصیت موصی است، منتهی شرطش رسیدن زمان وفات شخص است. البته بنا بر کشف چنین شرطی نیست و در صورت اجازه، از اول عقد، نقل و انتقال حاصل می شود، ولی بنا بر نقل، هر

چنـد عقـد علت نقل و انتقال است، ولی نقل و انتقال بعـد از تحقق شـرط واقع می شود. طبق آنچه که بیان شـد، قهراً اگر عاقد صلاحیت عقـد نداشـته باشـد، هر چنـد مالک صـلاحیت اجازه داشـته باشـد و بعداً هم اجازه دهد، ولی این اجازه کأنّ جنبه ی شرطیت نسبت به عقد قبلی را دارد و حق با آقای خوئی بوده و این عقد، حتی در صورت اجازه هم باطل خواهد بود.

فرض دوم: طبق فرمایش آقای خوئی (۱) و مرحوم شیخ انصاری، خطاب «اوفوا بالعقود» (۲) را متوجه مالکین بدانیم که قهراً در این صورت، وقتی مالک بالغ نسبت به عقد صبی با در نظر گرفتن مصلحت، اجازه داد، این عقد صبی، عقد کبیر و بالغ می شود و چنین عقدی صلاحیت نقل و انتقال دارد.

اشکال: دو عنوان بر این عقد منطبق است، یعنی هم عقد الصبی است و هم عقد البالغ و لذا کأنّ یک نحوه تعارض و تزاحمی بین عنوانین تصور می شود و قهراً اصاله الفساد در اینجا حاکم خواهد بود؟

جواب: اشکال ضعیف است، زیرا تأثیر عقد صبی در بطلان، به نحو لااقتضاء است، یعنی عقد صبی علت برای نقل و انتقال نمی شود، نه اینکه مانع از نقل و انتقال باشد. بنابراین، اگر علت دیگری (مانند عقد بالغ) صلاحیت علیت برای نقل و انتقال داشته باشد، عدم اقتضاء عقد صبی مانعی برای نقل و انتقال نخواهد بود. مثلاً اگر در آن واحد یک صغیر و یک کبیر هر دو انشاء عقدی را بکنند، اگر انشاء صغیر لغو و کالعدم باشد، انشاء کبیر تأثیر خودش را خواهد گذاشت و عقد صغیر مانعی برای تأثیر عقد کبیر نیست. بنابراین، طبق این مبنی اگر متعاقدین صغیر هم باشند، اجازه ی مالک بالغ، کافی در صحت عقد خواهد بود.

حصول صلاحیت نقل و انتقال قبل از اجازه

آقای خوئی در صورتی که ثمن و مثمن دارای مالیت بودند، ولی صلاحیت نقل و انتقال نبود، مثل بیع وقف یا بیع متنجس، و قبل از اجازه این صلاحیت پیدا شود، مثل اینکه مجوزی برای بیع وقف حاصل شود، یا متنجس با ملاقات کُر پاک شود، در این صورت ایشان بنا بر کشف می فرمود که از همان زمانی که بعد از عقد و قبل از اجازه صلاحیت نقل و انتقال حاصل شده است، اجازه کاشف از نقل و انتقال در همان زمان است. ایشان راجع به حصول صلاحیت مالکین بعد از عقد و قبل از اجازه هم می فرمودند که بنا بر کشف، نقل و انتقال هم از همان زمان حصول صلاحیت، واقع شده است. (۳)

ص: ۵۴۵

۱- مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص ۲۰.

۲- مائده / ۱.

۳- مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص ۱۹۷.

برای تصحیح این فرمایش ایشان، ما باید بگوییم که همان طوری که اشخاص گاهی اوقات در معاملات معمولی – غیر از فضولی- مثل صرف و سلم، انشاء می کنند، ولی مُنشأ وقتی مورد امضاء شارع قرار می گیرد که قبضی واقع شده باشد و در چنین مواردی، تأخر امضاء از وقت عقد، مبطل عقد نیست. در مسئله ی کشف هم، هر چند طرفین در هنگام عقد، انشاء کرده اند، ولی امضاء شارع بعداً و در زمانی که بین عقد و اجازه صلاحیت حاصل شده است، محقق گردیده است.

نظریه ی آقای خوئی را می توانستیم اینطور تصحیح کنیم، ولی به نظر می رسد که این تصحیح بستگی به این داشته باشد که نظر متعاقدین بر وحدت مطلوب باشد یا نه. اگر نظر متعاقدین بر وحدت مطلوب باشد، به این معنی که اگر از آنها بپرسند: آیا شما حاضر به این هستید که نقل و انتقال به صورت نصفه کاره و از وسط واقع بشود یا نه؟ جواب دهند که نه! ما حاضر به چنین چیزی نیستیم و باید نقل و انتقال از اول واقع شود، در این صورت نظر آنها بر وحدت مطلوب است و با بیانی که قبلاً عرض کردیم، نمی توانیم چنین عقدی را بر خلاف رضا تصحیح کنیم. بنابراین، به حسب متعارف نظر متعاقدین بر این است که همین الان باید نقل و انتقال واقع باشد، البته گاهی بین عقد و قبض به جهت برخی تشریفات یک مقداری فاصله می افتد که این تشریفات بر خلاف نظر متعاقدین نیست، ولی ما نمی توانیم این مسئله را به مواردی که متعاقدین راضی به این مقدار فاصله نیستند، توسعه بدهیم ولو اینکه در بعضی جاها به جهت تبعض صفقه، در عقد واحد قائل به صحت می شویم، مانند بیع ما یُملک و ما لایُملک که در صورت وحدت مطلوب هم اگر تصحیح کنیم این تعبدی از جانب شارع می باشد و به مورد خودش اکتفا می شود.

ص: ۵۴۶

خلاصه طبق قاعده، به نظر می رسد که اگرما قائل به کشف شدیم و عقد هم انحلالی نبود، بلکه به نحو وحدت مطلوب بود، باید بگوییم که چون اجازه صلاحیت کشف از اول یا به منزل ی اول را ندارد، عقد باطل می شود.

موت یا ارتداد اصیل هنگام اجازه

یک بحث دیگری که آقای خوئی بیان کرده است، عبارت از این است که در هنگام عقد فضولی، شخص اصیل برای مالکیت اهلیت داشته است، ولی بعداً مرده یا مرتد شده است. باید ببینیم که آیا اجازه در این مورد عقد را تصحیح می کند یا نه؟ (۱)

صورت موت اصیل هنگام اجازه: آقای خوئی می فرمایند که اگر اصیل بعدالعقد و قبل الاجازه بمیرد، اشکالی ندارد و ملکیت او چون اجازه نیامده است به ورثه منتقل شده و چون در هنگام عقد آنها مالک نبوده اند و اجازه نداده اند لذا باید اجازه بدهند و اجازه ی آنها نسبت به عقد مصحح خواهد بود و لازم نیست که آنها هنگام عقد هم مالک بوده باشد، بلکه همین که در وقت اجازه مالک باشند، کافی است. بنابراین، مردن مالک اصیل مضر به صحت عقد در صورت اجازه طرفین نخواهد بود. چون یک طرف که ورثه است اجازه داده اند و طرف دیگر هم که نمرده و خودش اجازه می دهد و اشکالی نیست.

صورت ارتداد اصیل هنگام اجازه: بعضی ها گفته اند: در مرتد فطری، تمام اموال به وارث مسلمان منتقل می شود و این صورت حکم موت را دارد که با اجازه ی ورثه ی عقد تصحیح می شود.

ص: ۵۴۷

۱- مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص ۱۸۹.

آقای خویی: باید قائل به تفصیل شد با این بیان که: در ارتداد فطری اگر ما قائل به این شدیم که اموال او به وارث مسلمان منتقل می شود، دیگر این شخص حتی اگر توبه هم بکند، نمی تواند تصرفاتی در این اموال داشته باشد. اگر هم توبه برای آخرتش مفید باشد، برای تصرف در این اموال فایده ای ندارد.

اما در صورتی که قائل شویم اموال مرتد فطری به ورثه ی مسلمان منتقل می شود ولی معاملات او ممنوع نیست، شخص مرتد می تواند همین اموال را دوباره بخرد و در آن تصرف داشته باشد.

بنابراین اگر در صورت ارتداد قائل به این شدیم که به هیچ نحوی شخص مرتد نمی تواند در این اموال تصرف کند، حکم این مسئله مانند مسئله ی موت شخص خواهد بود که با اجازه ی ورثه عقد تصحیح می گردد، و الا اگر قائل شدیم که شخص اصیل مرتد شده، می تواند این اموال را دوباره بخرد، این امکان خواهد بود که در هنگام اجازه صلاحیت مالکیت را پیدا کند و اجازه ی او مصحح عقد باشد.

البته ظاهر این مسئله ای که آقای خوئی در آن قائل به تفصیل شده است، فرض مساله عبارت از این است که شخص مرتد شده و اموال او منتقل شده و بعد هم دوباره این اموال را نخریده است و لذا این فرض هم مانند فرض موت شخص اصیل خواهد بود.

موت یا ارتداد اصیل قبل از اجازه ۹۳/۱۱/۱۹

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: موت یا ارتداد اصیل قبل از اجازه

ص: ۵۴۸

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه به مسئله ی مرگ مالک اصیل قبل از اجازه در بیع فضولی پرداخته و سپس تفصیل مرحوم شیخ در این مسئله را مورد نقد قرار می دهند. بحث بعدی راجع به ارتداد اصیل قبل از اجازه است که نظر کاشف الغطاء و مرحوم شیخ و سپس صاحب جواهر و آقای خوئی مورد بررسی قرار می گیرد. در ادامه ی بحث سه نظریه در باب ارتداد فطری توسط استاد بیان شده و در آخر هم فرمایش آقای خوئی در بیان تفاوت بین موت حقیقی و موت شرعی (ارتداد) ذکر می گردد.

مرگ مالک اصیل قبل از اجازه

صورت مسأله: مالکین در زمان عقد فضولی، صلاحیت مالکیت را داشته اند، ولی بعد از عقد و قبل از اجازه از صلاحیت افتاده اند مثل اینکه مالک اصیل بعد از عقد بمیرد.

قبلاً مقداری به این بحث پرداختیم، ولی به نظرم بحث کمی ناقص بود و دوباره این بحث را تکرار می کنیم.

آقای خویی:اجازه مفید است و اشکالی در مصحح بودن آن نیست، زیرا از اطلاقات ادله ی صحت فضولی، استفاده می کنیم که اگر اصیل بعد از عقد و قبل از اجازه بمیرد، باز هم اجازه مفید بوده و مصحح عقد می باشد. می فرماید اگر ما اطلاقات را ملاک صحت فضولی قرار دهیم، شامل این مورد هم می شود، ولی اگر برای صحت فضولی، به روایات خاصه استدلال کرده باشیم، این ادله شامل این صورت نمی باشد و فقط صورت حیات مالک اصیل را شامل خواهد شد. ایشان بنا بر کشف و تمسک به اطلاقات ادله می فرماید: «أمّا علی الکشف، فلوضوح أنّ الاجازه تکشف عن صحّه البیع حین العقد و هما کانا حیّین عند العقد»، بنابر کشف فرض بر این است که هر دو در زمان عقد حیّ هستند. «وخروج أحدهما عن الأهلیه بعده لا یوجب فساد المعامله للعمومات والاطلاقات الوارده فی صحّه بیع الفضولی الشامله لما إذا خرج أحد المتعاقدین عن القابلیه حین الاجازه»، بنابراین، اطلاقات ادله شامل صورت موت مالك اصیل هم می شود.«نعم لو کان المدرک فی صحّه البیع الفضولی هو الأخبار الخاصّه المتقدّمه کروایه عروه البارقی أو صحیحه محمّد بن قیس ونحوهما، کان اللازم أن نقتصر علی موردها، وهما ظاهرتان فی حیاه المالکین والمتعاقدین، ولم یمکن التعدّی منهما إلی ما إذا خرجا عن الأهلیه بالموت إلّا أنّک عرفت أنّ المدرک هو العمومات وهی شامله للمقام من دون قصور». ایشان تعبیر به « کروایه عروه البارقی أو صحیحه محمّد بن قیس ونحوهما» نموده است، در حالی که ایشان در میان اخبار خاصه، صحیحه ی محمد بن قیس را دلیل برای صحت فضولی می دانستند، ولی قائل به دلالت روایت عروه ی بارقی و امثال آن بر صحت فضولی نبودند. از این فرمایش ایشان استفاده می شود که این تعبیر بر اساس مسلک خودشان نیست، بلکه مقصود ایشان این است که ولو ما دلالت برخی از این روایات خاصه را قبول نکردیم، ولی اگر کسی دلالت روایت عروه ی بارقی و امثال آن را پذیرفته باشد، این ادله شامل صورت مرگ اصیل نمی باشد، بر خلاف اطلاقات ادله که شامل این صورت هم می شود. البته ایشان قبلاً راجع به روایت مضاربه ی فضولی و همچنین روایت اتجار به مال یتیم فرمودند که اطلاق این روایات شامل صورت مردن اصیل بعد از عقد و قبل از اجازه هم می شود، ولی اینجا می فرمایند که ادله ی خاص شامل این مورد نمی شود و یک نحوه تهافتی در کلام ایشان در این دو موضع وجود دارد.

خلاصه اینکه طبق فرمایش ایشان، با تمسک به عمومات بنا بر کشف می گوییم که اگر مالک اصیل بعد از عقد و قبل از اجازه بمیرد، باز هم اجازه مصحح خواهد بود، ولی بنا بر نقل با توجه به اینکه شخص قبل از اجازه مرده است، قهراً نقل و انتقالی واقع نمی شود و ثمن هم به ورثه منتقل می گردد و در نتیجه این معامله از هر دو ناحیه فضولی می شود، هم از ناحیه ی مبیع طبق فرض ما فضولی است و هم با توجه به مرگ مالک اصیل و انتقال ثمن به ورثه، از ناحیه ی دیگر هم فضولی می شود و قهراً با اجازه ی مالک مبیع و مالک ثمن (ورثه) معامله صحیح خواهد بود.

تفصیل مرحوم آقای خویی در مسأله

البته ایشان در ادامه این تفصیل را بیان می کند که گاهی ثمن معامله که از ناحیه ی اصیل مقرر شده و به جهت موت او به ورثه منتقل می شود، یک مال شخصی است، ولی گاهی اینطور نیست و ثمن معامله یک امر کلی است، مثل اینکه شخص زمینی را به صد میلیون تومان کلی خریده است و این زمین هم به صورت فضولی فروخته شده است. در اینجا مشتری اصیل این زمین را به صد میلیون تومان خریداری کرده است، ولی چون بیع، فضولی بوده است، تا اجازه ی مالک نیاید، به این بیع ترتیب اثر داده نمی شود و اگر قبل از آمدن اجازه، مشتری مرد، اجازه بی فایده خواهد بود، زیرا ورثه ذمه ی مورث را به ارث نمی برند تا نسبت به آن اجازه بدهند. البته اگر ثمن معامله، مال شخصی بود، با مردن مشتری به ورثه منتقل می شد و با اجازه ی آنها معامله تصحیح می شد، ولی در جایی که ثمن معامله کلی است، این مطلب درست نیست و مالی از مورث به جا نمانده است تا ورثه آن را به ارث ببرند. در اینجا حتی ذمه ی مورث هم نسبت به این کلی فعلیت پیدا نکرده است تا چه برسد به اینکه این کلی به ورثه منتقل شود. و اینطور نیست که اگر کسی مرد و هزار بدهی و گرفتاری داشت، بر ورثه لازم باشد که دیون او را بدهند. البته اگر میت ترکه ای داشته باشد، به مقدار دیونش از ترکه کسر می گردد. بنابراین، اگر ثمن معامله کلی باشد، دیگر اجازه مفید نخواهد بود. البته این بنابرنقل می باشد چون موقع نقل ملکیتی در کار نبوده است .

نقد استاد بر تفصیل مرحوم آقای خویی

البته در تفصیل ایشان این نقص وجود دارد که متعرض این مطلب نشده است که ثمن کلی هم به دو گونه قابل تصور است: گاهی اوقات مشتری صد میلیونِ کلی را به ذمه ی خودش می گیرد و مالی هم ندارد که بعد از مرگش به ورثه منتقل بشود، ولی گاهی اوقات هر چند ثمن شخصی نیست، بلکه کلی است مثل صد میلیون تومان، ولی مورث از دیگران طلب دارد و این طلب ها بعد از مرگ مورث، به ورثه منتقل می شود. خلاصه اینکه این صورت مثل صورت اول نیست که ورثه مالک بدهی مورث نمی شوند، بلکه در این صورت، ملکیت طلب ها به ورثه منتقل می شود.

بنابراین، در این صورت، مانند صورتی که ثمن عین شخصی باشد، طلب مورث از دیگران هم به ورثه منتقل می گردد و اگر ورثه نسبت به معامله اجازه دهند، مالک مبیع هم نسبت به بیع فضولی اجازه دهد، معامله واقع می شود.

ارتداد اصیل بعد از عقد و قبل از اجازه

ایشان در ادامه وارد بحث ارتداد شده و می فرمایند: اگر در هنگام عقد، دو طرف مسلمان باشند، ولی بعد از عقد، اصیل مرتد شود، ارتداد بر دو قسم است: یا ارتداد فطری است که نتیجه ی آن انتقال اموالِ شخص به ورثه ی مسلمان است، یا ارتداد ملی است که قبلاً پدر و مادر شخص مسیحی یا کافر بوده اند و این شخص مسلمان شده است، ولی بعداً دوباره مرتد شده است. در ارتداد ملی، اموال شخص منتقل نمی شود، ولی این شخص صلاحیت ملکیت نسبت به قرآن و عبد مسلم را ندارد و لذا پولش را می دهند و این دو را از او می گیرند. بنابراین، در ارتداد ملی حتی قرآن و عبد مسلم هم به ورثه منتقل نمی شود، هر چند از عبارت آقای خوئی اینطور استفاده می شود که در خصوص قرآن و عبد مسلم انتقال حاصل می گردد. به هر حال، جدای از بحث راجع به قرآن و عبد مسلم، در ارتداد ملی، اموال مرتد در ملک خود شخص باقی می ماند، ولی در ارتداد فطری، اموال مرتد به ورثه ی مسلمان منتقل می شود.

ص: ۵۵۱

نظر کاشف الغطاء و مرحوم شیخ

شیخ جعفر کاشف الغطاء می فرماید که در مرتد فطری به طور کلی و در مرتد ملی راجع به قرآن و عبد مسلم از صلاحیت و قابلیت مالک اصیل در وقت اجازه خارج می شود و لذا اگر ما قائل به کشف شویم، معامله صحیح است، ولی اگر قائل به نقل شویم، معامله باطل است، زیرا در وقت نقل و انتقال، صلاحیت مالک بودن برای مالک اصیل وجود ندارد . مرحوم شیخ انصاری هم ظاهراً کلام کاشف الغطاء را قبول کرده است. (۱)

نظر صاحب جواهر

صاحب جواهر می فرماید که چه قائل به کشف شویم و چه قائل به نقل شویم، بنا بر هر دو مسلک، ارتداد موجب بطلان عقد و معامله می شود و اجازه هم مصحح نخواهد بود. بنابراین، صاحب جواهر مطلقاً بنا بر هر دو مسلک عقد را باطل دانسته است (۲) ، ولی مرحوم شیخ کلام کاشف الغطاء را نقل کرده و ظاهراً قبول می کند، ولی کلام صاحب جواهر را ردّ می کند. بنابراین نظر کاشف الغطاء و مرحوم شیخ تفصیل بین کشف و نقل است، به این معنی که در صورت قول به کشف، در زمان عقد هر دو طرف صلاحیت مالکیت را داشته اند و در نتیجه معامله صحیح است، ولی بنا بر نقل معامله باطل می باشد.

نظر آقای خوئی

آقای خوئی درست در نقطه ی مقابل نظر این سه بزرگوار می فرماید: چه قائل به کشف بشویم و چه قائل به نقل، بنا بر هر دو مسلک، معامله صحیح است. البته ایشان این نکته را تذکر می دهند که نظر کاشف الغطاء و شیخ انصاری راجع به بطلان معامله در صورت قول به نقل، بر اساس مسلکی است که ما این مسلک را قبول نداریم.

۱- مکاسب شیخ انصاری، ج ۳، ص ۴۱۸.

۲- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص ۲۹۰.

سه نظریه در باب ارتداد فطری

در باب ارتداد فطری که اموال مرتد به ورثه ی مسلمان منتقل می شود، سه نظریه وجود دارد:

نظریه اول: در صورت ارتداد فطری، صلاحیت مالکیت از شخص سلب می شود و نه تنها اموالی که در اختیار اوست به ورثه منتقل می گردد ، بلکه دیگر امکان مالکیت برای او وجود ندارد.

نظریه دوم: بعضی مانند صاحب عروه و مُحشّینی که نظر ایشان را قبول کرده اند، قائل به این هستند که اموال مرتد فطری به ورثه مسلمان منتقل می شود، ولی اگر مرتد فطری توبه کند، می تواند اموال جدیدی تحصیل کند.

نظریه سوم: بعضی ها هم مثل آقای خوئی قائل به این هستند که مرتد فطری، حتی در صورت توبه نکردن هم می تواند اموال جدیدی به دست آورده و تحصیل کند.

بر اساس مبنای آقای خوئی در این مسئله – غیر از قرآن و عبد مسلمان که مرتد صلاحیت ملکیت ندارد- هیچ مشکلی پیدا نمی شود بله اموال مرتد فطری به ورثه ی مسلمان منتقل می شود، ولی مرتد حتی در صورت توبه نکردن هم می تواند اموال جدیدی تحصیل کند و قهراً می تواند با اجازه ملکیتی حاصل کند. بنابراین، مالك اصیل حتی بعد الارتداد هم می تواند به وسیله اجازه ی خودش یا شخص دیگری مالك شود.

خلاصه بر اساس مبنای آقای خوئی و لو مرتد توبه هم نکرده باشد، در غیر قرآن و عبد مسلم، می تواند مالکیت پیدا کند و هیچ اشکالی ندارد که بعد از ارتداد هم اجازه دهد. و ارتداد فقط منشأ این است که املاك و اموال قبلی او از ملکش خارج شود، ولی بعد از ارتداد با اجازه می تواند ملك جدیدی کسب کند و حق تملك برای او محفوظ است. بنابراین، اگر مالك اصیل قبل از ارتداد عقدی کرده است، ولی مالك نشده است، می تواند بعد از ارتداد نسبت به آن عقد اجازه داده و با آن موافقت کند و عقد هم واقع می شود.

ص: ۵۵۳

بعـد هم آقـای خوئی می فرماینـد که اگر مـا مسـلک سـابقین را قبول کرده و گفتیم که در صورت ارتـداد فطری، املاـک این شخص به ورثه منتقـل می شـود، این صـورت هم ماننـد صـورت مـوت مالـک اصـیل خواهـد بود که بنـا بر کشف از اول هیچ اشـکالی وجود ندارد و بنا بر نقل هم با اجازه ی ورثه عقد تصـحیح می شود، منتهی به شرط اینکه ثمن شخصی باشد، و الا در صـورتی که ثمن کلی باشـد، اجـازه هم فایـده نـدارد و چیزی به ورثه منتقـل نمی شود، مگر اینکه طبق عرضـی که مـا کردیم، شخص مالک از دیگران طلب داشته باشد که این طلب ها مانند ملک شخصی می باشد و در این صورت هم با اجازه ی ورثه، عقد تصحیح می گردد.

تفاوت بین موت حقیقی و موت شرعی (ارتداد)

نکته ی دیگری که آقـای خوئی به آن اشـاره می فرماینـد، عبارت از این است که موت حقیقی و موت شـرعی (ارتـداد) حکم واحد را دارند که بنا بر نقل هم در بعضـی از فروض که ثمن شخصـی است، به ورثه منتقل شده و با اجازه ی آنها عقد صحیح است، ولی بین مرگ حقیقی و مرگ شـرعی این تفـاوت هم وجود دارد که گاهی اوقات، ثمن عملی از اعمال است و مشتری هم قبـل از انجـام این عمـل گرفتار موت حقیقی شـده است. در این صورت با توجه به عـدم تمکن نسـبت به تسـلیم ثمن – که یکی از شـرایط صـحت بیع است– عقد باطل خواهد بود، ولی در موت شرعی که عبارت از ارتداد است، شخص می تواند این عمـل را انجام دهـد و بیع صـحیح است، ولی با توجه به اینکه شـخص مرتـد نمی توانـد مالک مثلاً قرآن شود، ملکیت برای او حاصـل نمی گردد، ولی چون این عمل را به ذمه ی خود گرفته است، بایـد آن را انجام دهـد و چنین فرقی بین موت حقیقی و موت شرعی وجود دارد.

ص: ۵۵۴

فقدان قابلیت مالکیت با ارتداد- خروج مال از قابلیت تملک ۹۳/۱۱/۲۰

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: فقدان قابلیت مالکیت با ارتداد- خروج مال از قابلیت تملک

خلاصه درس: حضرت استاد در ابتدای جلسه، به ثمره ی قول به کشف و نقل در صورت خروج مالک اصیل از قابلیت ملکیت با ارتداد پرداخته و نظر مرحوم کاشف الغطاء و اشکالات صغروی و کبروی مرحوم آقای خوئی را مطرح می فرمایند. و در ادامه دو نظریه مشهور در باب قابلیت مالکیت مرتد فطری را ذکر نموده و قول مرحوم آقای خوئی را مورد نقد قرار می دهند. بحث مطرح شده بعدی، مسئله ی خروج مال از قابلیت تملک است.

خروج از قابلیت ملکیت با ارتداد (ثمره قول به کشف یا نقل)

نظر کاشف الغطاء: شیخ جعفر کاشف الغطاء راجع به یکی از ثمرات بین قول به کشف و نقل فرمود: مالک اصیل با ارتداد فطری به طور مطلق از قابلیت تملک خارج می شود، ولی با ارتداد ملی فقط نسبت به قرآن و عبد مسلم صلاحیت مالکیت را از دست می دهد و بنا بر کشف، اجازه صحیح، و بنا بر نقل باطل است.

اشکالات آقای خوئی

اشکال صغروی:ایشان نمی پذیرد که با ارتداد فطری، مرتد به طور مطلق از قابلیت تملک در تمام املاک خارج شود. اشکال ایشان به کاشف الغطاء و مرحوم شیخ، اشکال مبنایی است. مبنای آقای خوئی عبارت از این است که مرتد با ارتداد فطری از قابلیت تملک خارج نمی شود و فقط اموالی که قبلاً داشته است، به ورثه ی مسلمان منتقل می گردد، ولی اگر بخواهد بعد از ارتداد مال جدیدی تهیه و تحصیل کند، اشکالی ندارد.

ص: ۵۵۵

دو نظریه دیگر در مرتد فطری

نظریه اول: مرتد فطری مطلقاً ممنوع است و حتی توبه هم برای قابلیت نسبت به کسب اموال جدید فایده ندارد. (اموال قبلی بالاتفاق به ورثه مسلمان منتقل می شود).

نظریه دوم: با توبه، قابلیت مالکیت برای شخص مرتد حاصل می شود، و مراد از قابلیتی هم که در مثال ها بیان شده است، اعم از این است که قابلیت ذاتاً برای شخص امکان نداشته باشد، یا اینکه ذاتاً امکان دارد، ولی در شرایط فعلی نمی شود عقد کنند. به احتمال زیاد، کاشف الغطاء هم تأثیر توبه در قابلیت مالکیت را قبول داشته است، ولی فرض مسئله عبارت از زمان قبل از توبه است که در این زمان صلاحیت تملیک و تملک وجود ندارد. از مثال هایی که برای نفی قابلیت زده شده است، مثال به آب متنجس است یعنی در حالی که آب متنجس است و پاک نشده، قابلیت ملکیت ندارد. یا در مثال خمر هم قابلیت به طور

کلی سلب شده نیست، یعنی در حال خمریت صلاحیت نقل و انتقال برای شخص نیست.

اشکال کبروی آقای خویی: صحت و بطلان از ثمرات قول به کشف یا نقل نیست. ایشان قائل به تفصیلی شده است که نسبت به اطلاقی که از کلام کاشف الغطاء و ظاهر کلام شیخ استفاده می شود، مناقشه دارند. و قبلاً هم در باب موت احد المتعاقدین بیاناتی داشتند. ایشان می فرمایند که چه ما قائل به کشف شویم و چه قائل به نقل شویم، در هر دو صورت روی فرض عدم قابلیت، اگر ثمن معامله شخصی باشد، معامله صحیح است، زیرا با ارتداد فطری، اموال شخص مرتد به ورثه منتقل می شود و در صورتی که ورثه نسبت به این عقد اجازه دهند، با اجازه ی آنها معامله صحیح خواهد بود چه قائل به نقل باشیم و چه قائل به کشف. بنابر کشف، روشن است که معامله از اول واقع می شود، بنابر نقل هم معامله از زمانی که اجازه داده می شود، واقع می گردد و معامله هم نسبت به ثمن و هم نسبت به مثمن فضولی می شود و زمانی که اجازه از طرفین صادر شد، نقل و انتقال واقع می شود. و با توجه به اینکه ورثه الان مالک ثمن هستند، با اجازه ای که می دهند، قهراً مثمن به ورثه منتقل می شود، ثمن هم به طرف مقابل منتقل می شود. از این جهت اشکالی نیست، منتهی آقای خوئی می فرمایند که اگر ثمن شخصی باشد، نقل و انتقال واقع می شود، ولی اگر ثمن کلی باشد، معامله صحیح نیست. دیگران می گویند که شخص مرتد با اجازه هم نمی تواند تملک کند، زیرا بر مبنای برخی تملک جدید برایش مقدور نیست و یا اینکه فرض مسئله عبارت از قبل توبه است و در این فرض هم تملک برای او مقدور نیست و به طور کلی تملک برای مالک اصلی مقدور نیست و مالک هیچ کاره است. ولی طبق نظر آقای خوئی، شخص مرتد نسبت به اموال قبلی اختیاری ندارد و آن اموال از ملک او خارج شده است، ولی ممکن است نسبت به این عقد حتی بعد از ارتداد اجازه بدهد و بعداً مثمن ملک او شود و چون این ملکیت بعد از ارتداد است، بر اساس مبنای آقای خوئی اشکالی ندارد و لذا خود مالک اصلی می تواند طرف عقد قرار بگیرد.

ص: ۵۵۶

به هر حال ایشان می فرمایند که اگر صلاحیت مالکیت از شخص مرتد سلب شد، به ورثه منتقل می شود و همان مال شخصی که قرار بود مالک با آن معامله کند، به ورثه انتقال پیدا می کند و اگر ورثه اجازه دادند، معامله صحیح خواهد بود و لذا فرقی که کاشف الغطاء بین کشف و نقل بیان کرده و بنا بر نقل باطل دانسته و شیخ هم آن را پذیرفته است، درست نیست و هم بنا بر کشف و هم بنا بر نقل، با اجازه ی ورثه عقد تصحیح می شود و لزومی هم ندارد که مجیز همان عاقد باشد و این تغایر مجیز با عاقد اشکالی ندارد. و اجازه در ملک شخصی صحیح است. بنابراین، طبق نظر ایشان، اگر ثمن شخصی باشد، معامله با اجازه ی ورثه صحیح است، ولی اگر ثمن کلی باشد، نمی تواند صحیح باشد، زیرا آن چیزی که بنا بر نقل به ورثه منتقل می شود، اموال شخص است، نه دیون او و لذا چون ثمن کلی جزء دیون شمرده می شود و شخص مرتد آن را به ذمه ی خودش کشیده است، با ارتدادش به ورثه منتقل نمی شود و اجازه ی ورثه هم در صحت این عقد مفید فایده نیست.

نقد فرمایش آقای خوئی

عرض ما این است که دو گونه کلی داریم: یک کلی عبارت از این است که خود شخص چیزی را تقبل کرده و قهراً در این صورت مالک مدیون شده است و این دین به ورثه منتقل نمی شود، ولی گاهی اوقات هر چند ثمن کلی است، ولی شخص از دیگران طلب دارد این صورت مثل این است که ثمن شخصی باشد و لذا این کلی به ورثه منتقل می شود و در صورت اجازه ی ورثه، معامله صحیح خواهد بود. آقای خوئی به این تفصیل اشاره نکرده است، ولی چنین تفصیلی راجع به کلی وجود دارد. این تفصیل هم در موت و هم در باب ارتداد وجود دارد که گاهی ثمن شخصی است و گاهی کلی به نحو طلب در ذمه ی دیگران است که در هر دو صورت، بنا بر کشف و نقل معامله با اجازه تصحیح می شود، ولی اگر ثمن کلی در ذمه ی خود شخص باشد، بنا بر کشف، صحیح و بنا بر نقل باطل است.

آقای خوئی این مطلب را قبول کرده و بعد می فرمایند که موت حقیقی و ارتداد در این جهت حکم واحد را دارد. البته ایشان در ادامه می فرمایند که بین موت حقیقی و ارتداد از این جهت تفاوت وجود دارد که اگر ثمن معامله انجام یک عملی توسط مشتری باشد، در صورت موت شخص، چه بنا بر کشف و چه بنا بر نقل، معامله باطل است، ولی در صورت ارتداد، معامله باطل نیست، زیرا ارتداد یک امر اختیاری است شخص می توانست که مرتد نشود و مالک باشد، منتهی خودش مرتد شده است و شارع هم از او سلب مالکیت کرده است، ولی در این صورت اینطور نیست که قدرت تسلیم نداشته و معامله باطل باشد، بلکه معامله صحیح است و نقل و انتقال هم از اول ازمنه واقع می شود، منتهی به جهت وقوع ارتداد، مصحف یا عبد مسلم به ورثه منتقل می شود، اما شخص مرتد باید آن عمل را انجام بدهد، زیرا آن را به ذمه ی خودش قرار داده است و با انجام عمل، قرآن یا عبد مسلم که آناًمّا داخل ملکش شده بود، از ملکش خارج شده و در ملک ورثه داخل می شود. بنابراین، در این جهت بین موت حقیقی و ارتداد فرق وجود دارد و در صورت موت حقیقی معامله باطل می شود، به خلاف ارتداد که موت شرعی است و معامله صحیح بوده و باید شخص آن عمل را انجام بدهد.

به نظر می رسد که وجهی برای ذکر این تفصیل نیست، زیرا مسئله ی مورد بحث علماء در باب فضولی، عبارت از این است که اگر در صورت فضولی نبودن، شرایط صحت معامله تمام بود، آیا اجازه هم تأثیر در صحت معامله دارد یا نه؟ ولی اگر لولا الاجازه شرایط صحت در معامله نباشد، این صورت اصلاً از مفروض کلمات بزرگان خارج است. این مسئله ای هم که ایشان به آن اشاره فرمودند، عبارت از این است که شخص انجام عملی را تقبل کرده است، ولی نمی تواند آن را انجام بدهد. چنین معامله ای از اول باطل است و اصلاً نباید آن را داخل در فروض مسئله ذکر کنیم.

خلاصه در باب فضولی بحث ما راجع به این است که آیا معامله از ناحیه ی فضولیت صحیح است یا نه؟ و آیا چنین معاملهای با اجازه تصحیح می شود یا نه؟ اما یک فرضی که اصلاً ربطی به این باب ندارد، داخل در مقسم نیست و لذا به نظر می رسد که ذکر این تفصیل در اینجا بلاوجه است و بهتر بود که اصلاً عنوان نمی شد.

خروج مال از قابلیت تملک

بحث بعدی راجع به این است که مال به جهت تلف و امثال آن از قابلیت تملک خارج شود، مثل خمر یا آب متنجس که قابلیت تملک در آنها وجود ندارد. آقای خوئی راجع به حکم این مسئله یک فرمایشی از مرحوم آقای نائینی نقل کرده و بعد هم نسبت به آن مناقشه می کند. مرحوم کاشف الغطاء این مسئله را هم مبتنی بر مسئله ی کشف و نقل دانسته و می فرماید: اگر ما قائل به کشف شدیم، معامله صحیح است، زیرا این مال بعد از عقد از مالیت خارج شده است، ولی اگر قائل به نقل شدیم، معامله باطل است، زیرا در وقت اجازه، صلاحیت ملکیت در این مال وجود ندارد.

آقای نائینی نقل می کنند که صحت و بطلان در این مسئله مبتنی بر کشف و نقل نیست، زیرا «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال مالکه». در اینجا یک معامله ی فضولی واقع شده و تلف قبل از قبض هم موجب انفساخ عقد می شود، چه قائل به نقل و چه قائل به کشف شویم. بنابراین، این مسئله جزء فروع و ثمرات مسئله ی کشف و نقل نمی تواند باشد.

ص: ۵۵۹

آقای خوئی می فرماید که ما مسئله را در جایی فرض می کنیم که مال در قبضِ طرف مقابل باشد، مثل اینکه شخص قبلاً خانه ای را اجاره کرده و در قبضش بوده است و بعداً یک کسی فضولتاً این خانه را به همان مستأجری که خانه در قبض اوست، می فروشد. این معامله در صورتی که فضولی نبود، اشکالی نداشت و شخص مالک خانه می شد و فقط اشکال فضولی بودن در اینجا مطرح است و لذا این مسئله مبتنی بر این می شود که اگر قائل به کشف شدیم، معامله صحیح است، ولی اگر قائل به نقل باشیم، چون فرض بر این است که خانه نابود شده است، معامله باطل خواهد بود. بنابراین، این خانه یا در قبض خود مالک بوده و یا در قبض وکیل مالک اصلی بوده و هر کدام از اینها که باشد، با اجازه ای که داده می شود، اگر مشکل فضولی بودن حل شد، بنا بر کشف عقد باید از اول و بنا بر نقل باید از زمان اجازه واقع بشود.

ممکن است نسبت به فرمایش آقای خوئی اشکال شود که شما چرا اصلاً این مسئله را عنوان کردید؟ زیرا فرض مسئله بر اساس آنچه که کاشف الغطاء و دیگران بیان کرده اند، عبارت از این است که در معامله از ناحیه ی فضولیت یک مشکلی هست و ما می خواهیم ببینیم که آیا با اجازه این معامله تصحیح می شود یا نه، اما صورتی که لولا الاجازه هم باطل باشد، اصلاً خارج از فرض مسئله است. فرض مسئله در جایی است که مشکل قبض وجود نداشته باشد و چون فضولی است، می خواهیم بدانیم که آیا مشکل معامله با اجازه حل می شود یا نه؟ بنابراین، اصل طرح این موضوع درست نیست تا آقای خوئی مسئله را دو قسمت نموده و در یک صورت درست و در صورت دیگر نادرست بداند، زیرا مسئله ی مورد بحث ما یک صورت بیشتر ندارد که عبارت از صورت قبض است. منتهی آقای نائینی قبض را فرض نکرده و لذا اشکال نموده است، ولی آقای خوئی قبض را فرض کرده و می گوید: اشکالی ندارد. البته آ قای خوئی در بحث قبض به حلال یا مجاز بودن هم اشاره کرده است، با اینکه اینها در باب بیع معتبر نیست. مثلاً یک غاصبی زمین شخصی را غصب کرده است و این زمین در دست غاصب است و بعداً مالک زمین، آن را به همین غاصب می فروشد و او هم قبول می کند. در این صورت، این بیع واقع می شود و اگر هم بعداً تلف شود، تلف بعد از قبض است نه تلف قبل از عقد تا معامله منفسخ شود. لزومی ندارد که ید شخص، ید جایز باشد. کیفیت بیان آقای خوئی به نحوی است که کأنّ شرط قبض عبارت از این است که قبضِ جایز باشد، در حالی که اگر قبضِ ممنوع هم باشد، بعد از اینکه عقدی واقع شد و مال قبض شد، با تلف شدن، انفساخی واقع نمی شود.

ص: ۵۶۰

ثمرات قول به کشف و نقل (تلف– ارتداد– نذر– زکات) ۹۳/۱۱/۲۱

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: ثمرات قول به کشف و نقل (تلف– ارتداد– نذر– زکات)

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه، اشکال جلسه گذشته بر تفصیل آقای خوئی را وارد ندانسته و اشکال جدیدی بر فرمایش ایشان بیان می فرمایند. و در ادامه ی ثمرات قول به کشف یا نقل، مسئله ی نذر و زکات را مورد بررسی قرار می دهند.

وارد نبودن اشکال سابق بر تفصیل آقای خوئی

دیروز نسبت به تفصیلی که در فرمایش آقای خوئی بیان شده بود، اشکالی مطرح شد که چرا ایشان این تفصیل را ذکر کرده و چیزی را که داخل در مسئله نیست، به عنوان تفصیل بیان کرده است، که به نظر می رسد این اشکال به ایشان وارد نباشد.

آقای نائینی می فرمایند که چون تلف قبل القبض است، عقد باطل است و در این حکم فرقی بین کشف و نقل وجود ندارد. و فرض مسئله ی تلف، خارج از موضوع بحث است و اگر فضولی هم نبود، معامله باطل بود.

ولی آقای خوئی دو فرض را تصور کرده است که در صورت تلف قبل از قبض، از مورد بحث خارج است، ولی در صورتی که تلف بعد از قبض باشد، داخل در بحث است. آقای نائینی این فرض را تصویر نکرده است و لذا می فرماید که نباید این مسئله را داخل در بحث کنیم، ولی آقای خوئی برای فرض دوم هم مثال بیان نموده و داخل در بحث می داند. بنابراین، این اشکال به ایشان وارد نیست. اشکال با توجه به این بود که صورت تلف قبل از قبض، خارج از موضوع است، که چرا بین تلف و ارتداد در بعضی از موارد فرق گذاشته است، ولی این مطلب هم از فروع همین مسئله است و چون کاشف الغطاء تلف و ارتداد را بیان کرده است، ایشان می خواهد این مطلب را تنویر کند که تلف در بعضی از موارد خارج از موضوع است و با ارتداد فرق پیدا می کند و لذا نباید تخیل شود که این دو همیشه با هم یکسان بوده و داخل در موضوع هستند.

ص: ۵۶۱

اشکال بر فرمایش آقای خوئی

طبق مختار مرحوم آقای خویی، هم در مرتد فطری و هم در مرتد ملی، فقط نسبت به مصحف (قرآن) و عبد مسلم اشکال پیدا شده و از ملک شخص خارج می شود، ولی در چیزهای دیگر اینطور نیست. و ایشان در این مطلب فرقی بین مرتد فطری و ملی قائل نشده اند، بر خلاف دیگران که فرق گذاشته اند، منتهی آقای خوئی می فرمایند که بعد از ارتداد، قرآن و عبد مسلم به ورثه منتقل می شود.

به نظر می رسد که این فرمایش ایشان راجع به مرتد فطری درست باشد و اگر این شخص مالک قرآن و یا عبد مسلم بوده

است، بـا ارتـداد به ورثه ی مسـلمان منتقل می گردد، ولی در مرتـد ملی دلیلی بر انتقال قرآن و عبـد مسـلم به ورثه ی مسـلمان وجود ندارد. البته کفار نسبت به قرآن و عبد مسـلم صـلاحیت مالکیت ندارند، ولی انتقال قرآن و عبد مسـلم به ورثه ی مسـلم مسـئله ی دیگری است. در این مسـئله، فتوی بر این است که باید قیمت قرآن و یا عبد مسلم به شخص داده شده و این دو از او گرفته شود، نه اینکه قرآن و عبد مسلم به ورثه منتقل شود.

آقـای خـوئی در ایـن مطلب تفصـیلی بیـان نکرده است و ظـاهر عبـارت ایشـان این است که فطری و ملی در این حکم یکسـان هسـتند. عبارت ایشان این است: «وهـذا بخلاف المرتـدّ فإنّ البیع لا یبطل بالنسـبه إلیه»، ایشان می خواهـد بین مرتد و تلف فرق بگذارنـد. «فإنّ البیع لا یبطل بالنسـبه إلیه بل ینتقل المصـحف أو العبـد إلی الوارث ویلزم المرتـدّ علی العمل من الکنس أو غیره لقـدرته علیه»، ایشـان در این مسـئله تفصـیلی بیـان نکرده است، در حـالی که انتقال به ورثه فقط در مرتـد فطری است، ولی در مرتد ملی ارتباطی به ورثه ندارد و باید پول قرآن یا عبد مسلم به شخص داده شده و این دو را از او بگیرند.

ص: ۵۶۲

برخی دیگر از ثمرات قول به کشف یا نقل

مساله «نـذر»: «ثمّ إنّ شیخنا الأنصاری ذکر أنّ الثمره بین الکشف والنقل تظهر فی موارد اخر کالنذر والزکوات والخیارات وحقّ الشفعه». ایشان راجع به نذر می فرمایند که بین قول به کشف و نقل، ثمره حاصل می شود، مثل اینکه کسی نذر کرده باشد که در فلان تاریخ یک عملی را انجام دهـد. بنا بر کشف، از زمان عقـد حساب می شود، ولی بنا بر نقل از زمان اجازه به حساب می آید. «إذا نذر کذا عند کونه مالکاً للمال الفلانی فی الوقت الفلانی فیجب علیه الوفاء بالنذر».

مساله زکات: راجع به زکات هم ثمره ی کشف و نقل عبارت از این است که اگر مال یک سال در دست شخص باشد، متعلق زکـات قرار می گیرد که بنـا بر کشف، مبـدأ سـال از اول عقـد است، ولی بنـا بر نقـل، از زمان اجازه می باشـد. این محاسـبات ابتدایی است که به نظر می آید، ولی ایشان می فرمایند که این مطلب در یک صورت صـحیح و در یک صورت اشکال دارد، زیرا آنچه که در زکـات شـرط است، صـرف مالکیت نیست تا بگوییم: مبـدأ سال، طبق کشف از اول عقـد و طبق نقل از وقت اجازه است، زیرا در زکات علاوه بر مالکیت، باید شـخص مالک تمکن از تصرف هم داشته باشد تا مبدأ سال او محاسبه شود. در صورتی هم که چیزی به صورت فضولی فروخته شـده باشـد، هر چنـد بنا بر کشف، مالکیت از زمان عقـد حاصل می شود، ولی مشتری قبـل از اجـازه، تمکن از تصـرف نسبت به این ملک فروخته شـده نـدارد، پس بنابراین، نسـبت به مشتری چه بنا بر کشف و چه بنا بر نقل، مبـدأ سال از زمان اجازه است چون تمکن تصـرفش بعـد از اجازه می آید. ولی نسـبت به مالک مجیز، این ثمره درست است، زیرا بنا بر کشف، از اول عقـد این مال از ملک او خارج شده است، ولی بنا بر نقل، بعد از اجازه خارج می شود. بنابراین، این ثمره (مبدأ زکات) نسبت به مالک مجیز درست است، زیرا هر چند به حسب ظاهر دیگری جواز تصرف نداشـته است و جواز تصـرف برای مالـک مجیز بوده است، ولی واقعاً و به حسب قرار شـرعی، مالک مجیز، مالک نبوده اسـت بنابراین یک سال نگذشـته و فقط یکسال مالکیت ظاهری گذشته است ولی مالکیت ظاهری برای محاسبه ی مبدأ سال، کفایت نمی کند. بنابراین بین قول به کشف و قول به نقل در محاسبه ی مبدأ سال فرق وجود خواهد داشت.

ثمرات کشف و نقل (تعیین مبدأ زکات)– اجازه ی مجیز بر خلاف طبع اولی در کشف یا نقل ۹۳/۱۱/۲۵

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: ثمرات کشف و نقل (تعیین مبدأ زکات)- اجازه ی مجیز بر خلاف طبع اولی در کشف یا نقل

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه در ادامه ی بحث قبلی راجع به بیان ثمرات کشف و نقل به موضوع تعیین مبدأ زکات پرداخته و نظر مرحوم شیخ و آقای خوئی را مطرح و مورد نقد و بررسی قرار می دهند. و در ادامه به بیان اقسام کشف پرداخته و حکم مسئله را در صور مختلف کشف متفاوت می دانند. بحث بعدی راجع به فروضی است که اجازه ی مجیز بر خلاف طبق اولی واقع شده است، مثل اینکه بنا بر کشف، مجیز عقد را از زمان اجازه مؤثر بداند و یا بالعکس، بنا بر نقل، مجیز عقد را از زمان عقد مؤثر بداند. ایشان ابتداء نظر مرحوم شیخ را راجع به این مسئله مطرح نموده و سپس نظر آقای خوئی را تفصیلاً بیان کرده و مورد نقد قرار می دهند.

تعیین مبدأ زکات بنا بر کشف و نقل

صورت مساله: شخصی مال زکوی را فضولتاً به کسی فروخته است. در این مسئله یکی از فروع مبتنی بر کشف و نقل، راجع به حساب کردن مبدأ زکات می باشد. باید دید مبدأ زکات از زمان عقد است یا زمان اجازه؟

مرحوم شیخ: بنا بر کشف، مبدأ زکات از زمان عقد و بنا بر نقل از وقت اجازه حساب می شود.

آقای خوئی: بنا بر هر دو مسلک، مبدأ زکات باید از وقت اجازه حساب شود، زیرا یکی از شرایط زکات، تمکن تصرف برای شخص است، در حالی که مشتری در عقد فضولی، قبل از اجازه حق تصرف ندارد و لذا تا زمانی که تمکن از تصرف ندارد، چیزی هم بر او واجب نیست. بنا بر کشف، مال از ملك مالك خارج شده است و به جهت فقدان مالکیت، زکات از اول عقد بر او واجب نیست. بنابراین، طبق هر دو مسلك، باید مبدأ را از وقت اجازه حساب کنیم که جواز تصرف حاصل می گردد. (۱)

ص: ۵۶۴

۱- مصباح الفقاهه (المکاسب)، سید ابوالقاسم خویی، ج ۴، ص ۲۰۲.

نقد فرمایش آقای خوئی

سابقاً عرض شد که کشف بر سه قسم است: کشف حقیقی انقلابی، کشف حقیقی تعقبی و کشف حکمی.

حکم مسئله در صورت کشف تعقبی

بنا بر کشف تعقبی، در صورت علم یا اطمینان به تعقب اجازه، مشتری از اول می تواند در مبیع تصرف کند، زیرا از همان

ابتـداء، وصف تعقب حاصل است. گاهی شـخص مطمئن است که بعداً اجازه واقع می شود ولی حین العقد چون مالک متوجه نیست،اجازه ای هم در کار نیست، و بعـداً که با او صـحبت شود، اجازه می دهـد. در این صورت، جواز تصـرف و تمام تمکن تصرف- که یکی از شرایط تعلق زکات است- محقق بوده و مبدأ زکات از همان زمان عقد خواهد بود.

حکم مسئله در صورت کشف حقیقی انقلابی یا کشف حکمی

بنا بر کشف حقیقی انقلابی، مشتری نمی تواند قبل از اجازه در مبیع تصرف کند، ولی مالکِ مبیع، می تواند تصرف کند، زیرا مبیع قبل از اجازه، از ملک او خارج نشده است و بعداً انقلاب پیدا می کند. بنا بر کشف حکمی هم مشتری نمی تواند در مبیع تصـرف کند، به خلاف مالک که می تواند در آن واقعاً تصـرف کند. بنابراین در این مسئله باید قائل به تفصیل شویم و اینطور نیست که در تمـام موارد تمکن از تصـرف برای مشتری وجود نداشـته باشـد، بلکه در کشف انقلابی یا کشف حکمی، قبل از اجازه، مالک مجیز می تواند تصرف کند.

این مناقشه ی ما نسبت به فرمایش آقای خوئی بود که فرمودند: بر اساس هیچ مبنایی نمی توان بحث زکات را جزء فروع مسئله کشف و نقل قرار داد و طبق هر دو مسلک، مبدأ زکات از وقت اجازه حساب می شود.

ص: ۵۶۵

حکم فروضی که بر خلاف طبع اولی است

بحث دیگری که در اینجا مطرح است، عبارت از این است که قائلین به کشف می گویند: وقتی عقد فضولی واقع می شود، مُنشأ عبارت از تملیک آنی است و قصد شخص این است که طرف مقابل در همان وقت مالک شود و اصیل هم تملیک آنی را قبول می کند و لذا باید از اول عقد ترتیب اثر داده شود. این حرف قائلین به کشف است، ولی شیخ انصاری می گوید که طبق قاعده ی اولی، لولا الروایه، باید قائل به نقل باشیم و در منشأ هم قید حالیت در کار نیست، بلکه مُنشأ عقد فضولی اصل ملکیت است و انشائی هم که در اجازه قرار دارد، اصل ملکیت است، پس بنابراین، متعلق هر دو مُنشأ عقدی و اجازه ای، اصل ملکیت است، منتهی هر دو دخالت در ملکیت دارند و بعد از مُنشأ دوم- که عبارت از اجازه است- ملکیت حاصل می گردد. این هم تقریبی است که ایشان برای نقل بیان کرده است. (۱)

این طبع قضیه است، ولی فروضی هم وجود دارد که بر خلاف طبع اولی است، مثلاًـ بر مبنای کسی که قائل به کشف است، اینطور فرض کنیم که مجیز تصریح کند که من از تاریخ اجازه با ملکیت موافقت کردم.

حال باید بررسی کنیم که بنا بر کشف، چنین عقدی چه حکمی دارد. فرض دیگر عبارت از این است که بر مبنای نقل اینطور فرض کنیم که شخص مجیز بگوید: من از اول عقد موافقت می کنم. مرحوم شیخ با دو کلمه این مسئله را عنوان کرده و ردّ شده است. ایشان می فرمایند: «و فی صحته وجهان» (۲) ، یعنی در صحت این اجازه و عقد دو وجه وجود دارد. در این تعبیر «فی صحته وجهان» دو احتمال وجود دارد. البته اگر ایشان تعبیر به «ففی صحته و عدمها وجهان» نموده بود، مسئله روشن بود، زیرا بحث در این بود که آیا این عقد با اجازه تصحیح می شود یا نه، ولی در تعبیری که ایشان بیان کرده است، دو احتمال وجود دارد و احتمال قوی تر عبارت از این است که ایشان صحت را مفروغ عنه گرفته است، منتهی دو نظر در این فرض وجود دارد که آیا به نحو کشف تصحیح می شود یا به نحو نقل؟ شیخ به همین مقدار اشاره فرموده و از این مسئله عبور نموده است.

۱- کتاب المکاسب، شیخ انصاری، ج ۳، ص ۴۰۸.

۲- کتاب المکاسب، شیخ الأنصاری، ج ۳، ص ۴۲۱.

نظر آقای خوئی

آقای خوئی در این مسئله قدری بیشتر بحث نموده است. ایشان ابتداء راجع به صحت و عدم صحت این عقد بحث نموده و سپس بنا بر فرض صحت عقد، به این مسئله پرداخته است که به نحو کشف است یا به نحو نقل؟

ایشان راجع به صحت یا بطلان عقد می فرماید که اگر ما قائل به کشف شدیم، ولی مجیز موافقت خود را نسبت به عقد از زمان اجازه اعلام نمود، در این صورت، این اجازه مصحح عقد نیست و لذا عقد باطل خواهد بود، زیرا بر اساس مبنای کشف، مُنشأِ عقدی عبارت از اول عقد بوده است، ولی آنچه که مورد اجازه قرار گرفته است، غیر از مُنشأ ماست و قهراً این اجازه مصحح عقد فضولی نخواهد بود.

آقای خوئی در بیان توضیح این مطلب، هر چند بحث ما در باب بیع است، ولی ایشان به همین مسئله در باب اجاره اشاره می فرمایند، زیرا ولو مثال ها متفاوت است، ولی وجه هر دو یکسان است. در باب اجاره، اگر کسی فضولتاً مثلاً ملک زید را از ماه شوال به یک قیمتی به طرف مقابل – که اصیل است- اجاره بدهد و بعد هم زید بگوید: من نسبت به اجاره از ماه ذیقعده موافقت می کنم، نه از ماه شوال، بلااشکال چون اجازه بر خلاف انشاء است، ما می گوییم که این اجازه باطل است چون بر خلاف انشا است و به همان مناطی که انشاء ایجاب و قبول باید با هم توافق داشته باشند، اجازه و عقدِ مجاز هم باید توافق داشته باشند و در غیر اینصورت، عقد باطل بوده و اجازه هم فایده ای ندارد.

ص: ۵۶۷

صورت دیگر عبارت از عکس این مسئله است، یعنی ما قائل به نقل باشیم که در صورت نبود قید یا قرینه ای، نقل و انتقال و تملیک و تملک از زمان اجازه خواهد بود، ولی شخص مجیز بگوید: من موافقت خودم را از زمان عقد اعلام می کنم. حال باید ببینیم که این مسئله چه حکمی دارد؟ بنا بر نقل، عقد از زمان اجازه، عقد مالک می شود و ادله ی «أوفوا بالعقود» (۱) هم خطاب به عاقدین مالکین است و بعد الاجازه عاقدین مالکین محقق می شود و چون خطاب چنین است، بنابراین، شارع از زمان اجازه، عقد را امضاء می کند، ولی در صورتی که مجیز عقد را از ابتداء عقد اجازه بدهد، مقداری که قبل از اجازه است، لغو بوده و مورد امضاء شارع قرار نمی گیرد.

امکان انحلال انشاء

در بعضی از مسائل که بین الاجازه و العقد، مالکیت برای شخص یا مملوکیت برای عین حاصل می شد، آقای خوئی می فرمودند که اگر ما قائل به کشف هم شویم، باز هم چون اوایل عقد اشکال شرعی داشته است، مورد امضاء قرار نگرفته است و از وسط عقد مورد امضاء قرار می گیرد. ما هم در این مسئله عرض می کردیم که گاهی انشاء ما یَملک و ما لا یَملک در انشاء واحد درج یا جمع می شود، ولی شارع ما یَملک را امضاء کرده و ما لا یَملک را امضا نمی کند. در اینجا انشاء واحد به انشائین انحلال پیدا می کند و کأنّ دوتا عقد واقع شده است که یکی از آن دو ممضی است و دیگری ممضی نیست.

۱- مائده / ۱.

در این مسئله ی مورد بحث هم در طول زمانی که مجیز اجازه می دهد، یک مقداری مورد امضاء شرع نیست، ولی یک مقداری مورد امضاء شرع است و در نتیجه اگر قائل به نقل شدیم، شرع قبل از اجازه را امضاء نکرده و می گوید: فقط باید از وقت اجازه ترتیب اثر داده شود ولو اینکه مجیز موافقت خود را نسبت به زمان عقد اعلام نماید. بنابراین، طبق حکم شرع، موافقت مجیز نسبت به قبل از اجازه لغو بوده و فقط باید نسبت به زمان بعدالاجازه ترتیب اثر داده شود. خلاصه آقای خوئی بنا بر قول به کشف، اجازه از زمان اجازه را باطل می داند، ولی بنا بر نقل، اصل اجازه از زمان عقد را صحیح دانسته است، منتهی نسبت به زمان قبل از اجازه را لغو می داند.

ایشان برای انحلال به برخی تخالف های بین انشاء و مُنشأ مثال می زنند که اشکالی در آنها وجود ندارد و این مورد را هم جزء مصادیق آنها به حساب می آورد مثل اینکه اگر مختصری تفاوت بین ایجاب و قبول وجود داشته باشد و با اینکه مُنشأِ ایجاب از لحظه ی ایجاب است و قبول قدری متأخر از آن است، ولی اشکالی در عقد نیست،آقای خوئی می خواهند بفرمایند مسئله ی مورد بحث ما هم از مصادیق این مطلب است. البته ما سابقاً در مسئله ای که شارع از وسط امضاء می کرد، عرض کردیم که گاهی یک انشاء عرفاً منحل به دو انشاء و دو مطلوب می شود که یک انشاء مورد اجازه قرار می گیرد، ولی انشاء دیگر مورد اجازه نیست، حال این تعدد یا به صورت عرضی است مثل جمع شدن ما یملك و ما لایملك و یا به صورت طولی است مثل همین مسئله که یک مدت مورد امضاء است و مدت دیگر مورد امضاء نیست. گاهی عرفاً چنین انحلالی وجود دارد، ولی در خیلی از مواقع اینطور نیست و یک مطلوب بیشتر وجود ندارد و طرفین می گویند که اگر از اول نقل و انتقالی واقع شد، ما این عقد را می خواهیم، ولی در غیر این صورت توافقی در کار نیست. خلاصه چنین انحلالی به طور کلی وجود ندارد و لذا نمی توان طبق فرمایش آقای خوئی با انحلال، این مسئله را تصحیح کرد. البته برخی تشریفات عادی و تفاوت هایی که به حسب متعارف در ایجاب و قبول وجود دارد، و معاهده صدق می کند و کمی تفاوت مضر به معاهده نیست، بر خلاف مسئله ی مورد بحث ما که بین عقد و اجازه فاصله وجود دارد و لذا نمی توان در این مسئله به آن مثال استناد کرد.

ص: ۵۶۹

در عقد فضولی، اجازه، شرط است یا مقتضی؟

اما راجع به قسمت اول فرمایش آقای خوئی که بنا بر قول به کشف و اجازه ی مجیز از زمان اجازه، ایشان قائل به بطلان معامله شدند، باید بگوییم که حکم در این مسئله مبتنی بر این است که ما عقد فضولی را مقتضی بدانیم و اجازه شرط آن باشد، یا اینکه همین اجازه هم جزء المقتضی باشد و کأن این اجازه ایجاب بوده و قبول هم از جانب اصیل قبلاً محقق شده است. یعنی عقد از دو مقتضی ترکیب شده است که زمان هایشان مختلف است.

اگر ما قائل شویم که اجازه یکی از شرایط تصحیح عقد است، مانند إذن مالك که موجب تصحیح عقد می شود، در این صورت بنا بر قول به کشف و طبق انحلالی که ایشان قبول کردند، می توان گفت که عقد از زمان انشاء به صورت طولی محقق است، ولی با توجه به اینکه مجیز از زمان اجازه توافق کرده است، تأثیر عقد بعد از اجازه خواهد بود و از زمان عقد تا زمان اجازه مورد امضاء شرع نخواهد بود. بنابراین، بنا بر مسلك آقای خوئی که قائل به انحلال است یا آن فرضی که واقعا تعدد مطلوب از نظر زمان خواهد بود که شارع با توجه به نظر مجیز، زمان عقد تا اجازه را امضاء نکرده است و قهراً نقل و انتقال بعد از اجازه واقع می شود. و طبق مبنای ایشان نباید بنا بر کشف قائل به بطلان شد.

مصادیق لفظی و فعلی اجازه ۹۳/۱۱/۲۶

ص: ۵۷۰

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: مصادیق لفظی و فعلی اجازه

خلاصه درس: حضـرت استاد در این جلسه به بحث مصادیق اجازه در باب فضولی پرداخته و انواع مختلف اجازه با لفظ صریح یـا ظـاهر و فعـل را بیان می فرماینـد. ایشان برخی از مثال های اجازه فعلی را ماننـد تمکین زوجه نسـبت به زوج مطرح نموده و مورد مناقشه قرار می دهند. و در ادامه دلیل فاضل مقداد در عدم کفایت فعل در اجازه را مورد بررسی قرار می دهند.

تنبیه دوم: مصادیق اجازه در باب فضولی (لفظ صریح یا ظاهر- فعل)

«الثـانی أنّه یشـترط فی الإجـازه أن یکـون باللفـظ الـدالّ علیه علی وجه الصـراحه العرفیه،کقـوله: أمضـیت و أجزت و أنفـذت و رضیت، و شبه ذلک.» (۱)

تنبیه دوم راجع به این است که اجازه ی معتبره در باب فضولی به وسـیله چه چیزی تحقق پیـدا می کنـد. در باب فضولی گاهی اجازه با لفظ صریح هست، مثل اجزت، امضیت و امثال آنها، گاهی هم لفظ اجازه هر چند صراحت ندارد، ولی ظهور عرفی در معنای اجازه دارد که عرف هم همین مقـدار را کافی می دانـد. مثال معروفی که بین فقهاء متداول است، عبارت «بارک الله فی صفقه یمینک» (۲) می باشد که جنبه کنائی نسبت به اجازه دارد و عرف هم همین مقدار کافی دانسته و جزء مصادیق اجازه در باب فضولی گرفته است. بنابراین، هر چیزی که عرفاً بالمطابقه، یا بالالتزام دلالت بر رضایت شـخص نسبت به عقد داشته باشد، کفایت می کند.

ص: ۵۷۱

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص۴۲۱.

۲- مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، میرزا حسین نوری، ج ۱۳، ص۲۴۵.

کفایت کردن اجازه ی فعلی

ایشـان در ادامه می فرماینـد که اثبـات اجـازه ی مصـحح فضولی، اختصاص به لفظ نـدارد و حتی اگر فعلی هم عرفاً کاشف از رضایت شخص نسبت به عقد باشد، کفایت می نماید:

مثال اول: مبیع به صورت فضولی فروخته شده است و مالک اصـلی بعد از اطلاع از فروش مبیع، ثمن را گرفته و در آن تصرف می کنـد. در اینجا اخذ ثمن، دلیل عقلی نیست ولی یک اماره ی عرفی بر موافقت مالک نسـبت به عقد است. و عرف به همین فعل، اکتفا می کند.

مثـال دوم: تمکین زوجه نسـبت به زوج، بعـد از عقـد فضـولی است. در اینجـا هم تمکین زوجه، اجـازه ی فعلی نسـبت به عقد فضولی می باشد. علامه هم به این معنی تصریح کرده است.

مناقشه در مثال دوم: این تمکینی که ایشان به صورت مطلق بیان کرده است، جای مناقشه دارد، زیرا در برخی از فروض، شاید زوجه اصلاً متوجه عقد فضولی نشده و تمکین کرده باشد. در این صورت، این تمکین هیچگونه کاشفیتی نسبت به عقد فضولی ندارد و عقدی واقع شده باشد یا نشده باشد برای این متساوی النسبه است. بنابراین، بهتر بود که ایشان قید «در صورت اطلاع زوجه نسبت به عقد فضولی» را ذکر می کردند. مسئله ی اخذ ثمن توسط مالك هم همین طور است، ولی در مسئله ی تمکین کار مشکل تر است، زیرا در خیلی از موارد هر چند که زن موافق ازدواج نیست، ولی به خاطر بی تقوایی و برخی جهات دیگر، زن حاضر به تمیکن می شود و لذا در تمکین زن، ظنّ معتنابهی نسبت به قبول ازدواج وجود ندارد حتی اگر اطلاع از فضولی هم داشته باشد و ممکن است که شخص فریب شیطان را خورده و اقدام به تمکین کرده باشد و خلاصه اینکه دلالت این مباشرتها بر رضایت نسبت به ازدواج، خیلی مشکل است و شخص خیلی باید قوی باشد تا در این شرایط فریب شیطان را نخورد. ممکن است که زن حاضر به ازدواج هم نباشد، ولی به جهت زیبایی مرد یا جهات دیگر، اقدام به تمکین کند. متعارف زن هایی که تقوی نداشته باشند، در صورتی که مانعی نباشد، تمکین می کنند و تقوی باید باشد تا شخص جلوی شیطان بایستد. بنابراین، این تمکین علامت موافقت زن با عقد نیست و با تمکین، اماره ی ظنی معتبری در کار نیست. البته ممکن است انسان در مسائل مالی گذشت کند، ولی در اینگونه موارد، مقاومت و عدم تمکین خیلی سخت است.

خلاـصه اینکه نظر مرحوم شیخ این است که فعل کاشف از رضا کفایت می کند. البته عبائر ایشان در اینجا یک نحوه اجمالی دارد، ولی در اول مبحث فضولی به صراحت مختار خویش را بیان کرده است. مرحوم شیخ در اینجا می گوید: چیزی که دالّ بر رضا باشد، کافی است، و این عبارت ایشان یک نحوه ابهامی دارد که آیا وجود دالّ شرط در مقام ثبوت برای تحقق اجازه است یا فقط جنبه اثباتی در قضیه دارد و میزان عبارت از رضاست؟ مرحوم شیخ در ابتدای مبحث فضولی این قول را اختیار می کند که حکم دائر مدار نفس رضاست، ولو اینکه کاشفی در کار نباشد. (۱) به عبارت دیگر، شخص بینه و بین الله می داند که راضی است یا راضی نیست و اگر نسبت به عقد فضولی اطلاع پیدا کرد و راضی به آن بود، این عقد واقع می شود و باید شخص با آن موافقت کرده و ترتیب اثر بدهد. ایشان در اوائل بحث فضولی این مطلب را فرموده است، ولی در اینجا اینطور نقل می کند که از کلمات بزرگان استفاده می شود که اگر امری دالّ بر رضا شد، کفایت می کند. ایشان در اینجا همه اش تعبیر به «دالّ» دارد و لذا این تعبیر ایشان اجمال دارد که آیا کفایت دال بر رضا، به این جهت است که رضا میزان است و فقط در مقام اثبات نیاز به دال داریم یا اینکه دال بر رضا، در مقام ثبوت هم دخالت دارد؟

ص: ۵۷۳

۱- کتاب المکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص۳۴۶.

خلاصه اینکه از این تعبیر ایشان چیزی استفاده نمی شود، ولی قدر متیقن در مختار ایشان عبارت از این است که اگر کاشفی از رضا وجود داشته باشد، کفایت می کند. البته کاشف از رضا هم گاهی فعلی از افعال شخص است که در این صورت هم گاهی شخص این کار را به قصد تفهیم انجام می دهد و گاهی هم چنین قصدی ندارد، ولی لازمه ی عرفی این کار او، رضایت او نسبت به عقد است. این دو قسم از کاشفیت فعل از رضا بود، ولی یک قسم دیگر وجود دارد که جزء افعال، نیست و فقط بر اساس خصوصیاتی که در بشر وجود دارد، انسان رضایت مالک را احراز می کند. مثلاً اگر به کسی که جوان و عذب است، بگویند: یک زن زیبایی هست که اخلاقش هم خوب است، خانواده ی خوبی هم دارد، مهر سنگینی هم ندارد و اهل زندگی هم هست، روشن است که این شخص نسبت به ازدواج با چنین زنی راضی است و لازم نیست که برای ابراز رضایت، حتماً فعلی از او سر بزند و بر اساس خصوصیاتی که در وجود بشر قرار دارد، مانند شهوت و امثال آن، رضایت او را احراز می کنیم. در نزد چنین شخصی اگر به صورت اجمالی این موضوع بیان شود، رضایت به موضوع هم لازمه ی این تصور خواهد بود، بدون اینکه فعلی از افعال از او سر بزند و فقط همین مقدار که علم به رضایت شخص حاصل شود، کافی است و خصوصیاتی که در شخص وجود دارد، دلالت بر رضایت دارد، بدون اینکه فعلی از افعال از او سر بزند.

ص: ۵۷۴

بنابراین، نظر شیخ عبارت از این است که در اجازه ی فضولی، هر چیزی دالّ بر رضا باشد، کفایت می کند.

عدم کفایت فعل در اجازه

فاضل مقداد: برای اجازه حتماً باید لفظ باشد و فعل کفایت نمی کند، حتی اگر این فعل به قصد انشاء واقع شده باشد. زیرا اجازه هم مانند بیع است. همان طوری که بیع عقدی لازم است و باید در آن لفظ بکار برده شود، اجازه هم امری لازم است و باید در آن لفظ بکار برده شود و فعل کفایت نمی کند.

اشکال مرحوم شیخ: این استدلال، شبیه به مصادره است. در استدلال ایشان یک صغری وجود دارد و یک کبری. صغری عبارت از این است که اجازه هم در لزوم مانند بیع است، کبری هم عبارت از این است که هر چیزی که در لزوم مشابه بیع بود، باید به وسیله ی لفظ ایجاد و انشاء شود.

ظاهر ابتدایی فرمایش مرحوم شیخ، عبارت از این است که صغرای این استدلال شبیه به مصادره باشد، زیرا صغری به صورت صریح ذکر شده است، ولی بعید است که مرحوم شیخ بخواهد این صغری را انکار کند، زیرا اگر کسی نسبت به عقد اجازه دهد، نمی توانیم بگوییم که این عقد لازم نیست و شخص می تواند بعد از اجازه عقد را به هم بزند. بنابراین، ظاهراً مراد مرحوم شیخ از شباهت به مصادره، همین کبرای مطوی است که اگر امری در لزوم شبیه به بیع بود، باید حتماً با لفظ ایجاد و انشاء شود. بنابراین، بعید نیست نظر مرحوم شیخ از شباهت به مصادره، انکار این کبرای کلی باشد که هر چیزی که در لزوم شبیه به بیع بود، حتماً باید با لفظ ایجاد و انشاء شود. طبق فرمایش ایشان، اصلاً دعوا بر سر همین مطلب است و لذا استدلال فاضل مقداد شبیه به مصادره است.

ص: ۵۷۵

توجیه استدلال فاضل مقداد: مرحوم شیخ می فرمایند که ممکن است این کلام فاضل مقداد را به گونه ای توجیه کنیم که از شباهت به مصادره بیرون برود. ایشان می گوید: شاید بتوان استدلال ایشان را اینطور توجیه کرد که گاهی اوقات در استدلال، کبری را به وضوح مطلب واگذار می کنند و در اینجا هم کأنّ استقراء و فحص در فقه اینطور ایجاب می کند که نواقل عقود و اموری که لازم است، باید از استحکام برخوردار باشد و فعل بر خلاف لفظ، چنین استحکامی ندارد. بنابراین، کأنّ در کلام ایشان به یک کبرای کلی مطوی استدلال شده است که به وضوحش واگذار شده است و با توجه به اینکه اجازه از امور لازمه است، باید دلیل محکمی مانند لفظ، بر آن وجود داشته باشد. البته مرحوم شیخ بعد از بیان این توجیه می فرماید: «و فیه نظر» (۱) ، یعنی این مطلب اشکال دارد، زیرا بر فرض هم که این استقراء را بپذیریم که در تمام عقود لازمه لفظ معتبر است، ولی باید به این نکته توجه داشته باشیم که اجازه عقد نیست، بلکه شرط صحت عقد است. عقد همان چیزی است که فضولی و طرف مقابلش با ایجاب و قبول انجام می دهند و اجازه شرط صحت و تأثیر این عقد است. بنابراین، در عقد فضولی، مقتضی همان کار فضولی و اصیل طرف مقابل اوست، منتهی شرط تأثیر عمل آن دو تعقب الاجازه یا خود اجازه است، با همان تقریباتی که بیان شده است. پس در نتیجه، اگر هم با استقراء این مطلب را بفهمیم که در خود مقتضی لفظ معتبر است، دلیلی ندارد که بگوییم: در شرایط تأثیر و صحت عقد هم لفظ معتبر است و بدون لفظ این شرایط تحقق پیدا نمی کند. برای بیع شرایط متعددی وجود دارد که نفس تحقق خارجی آنها ثبوتاً کافی است و لازم نیست که برای تحقق آنها حتماً لفظی در کار باشد، مانند شرایط متعاقدین و موالات و امثال آنها.

۱- کتاب المکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص۴۲۲.

در صورت قول به نقل هم عقد فضولی تأثیر می کند، ولی تأثیرش بعد از آمدن اجازه است، ولی بیع و شراء با ایجاب و قبول فضولی و طرف مقابلش واقع می گردد. مثل وصیتی که شخص می کند، ولی تأثیر آن بعد الموت حاصل می شود. البته این مسئله یک قدری با مسئله ی وصیت فرق دارد، زیرا امضاء شارع بعد از اجازه می آید، ولی همان عقد سابق منشأ تأثیر می باشد. آقای خوئی هم در اینجا همین بیان را دارند که اگر هم ما استقرائی راجع به عقود بکنیم، این استقراء به درد مسئله ی اجازه نمی خورد، زیرا اجازه شرط التأثیر است نه مقتضی التأثیر. (۱) ایشان می فرمودند که اگر کسی بعداً اجازه داده و بگوید: من با عقد موافقم، ولی از این تاریخی که من تعیین می کنم، این اجازه باطل و لغو است. ما هم عرض می کردیم که آنچه تأثیر دارد، همان عقد قبلی و انشائی است که بین فضولی و اصیل واقع شده است، منتهی شارع بعداً امضاء می کند.

ایشان قبلاً هم به تأخیر امضاء نسبت به انشاء متعاملین در مسئله ی بیع فضولی مال موقوفه قائل شده بود. در آن مسئله، انشاء در زمان وقفیت و عدم صلاحیت فروش واقع شده بود، یا در زمان مثلاً متنجس بودن آب واقع شده بود که صلاحیت تملیک و تملک وجود نداشت، ولی در وسطها رفع مشکل شده و صلاحیت تملیک و تملک و جواز فروش حاصل شده بود. در اینجا ایشان می فرمود که مانعی ندارد که شارع بعداً این عقد را امضاء کرده باشد. (۲) ما هم عرض می کردیم که در صورت انحلال ممکن است یک قسمتی صحیح و قسمت دیگر باطل باشد.مقصود این است که آقای خوئی در آن جا اشکال کرده بود با این که مبنای ایشان این است که خود عقدی که هست منشا نقل و انتقال است و اجازه شرط است ولی مرحوم شیخ اشکال می کند و تعبیر مرحوم شیخ راجع به این مطلب این است: «و یمکن أن یوجّه»، ممکن است که کلام فاضل مقداد را اینطور توجیه کنیم که، «بأن الاستقراء فی النواقل الاختیاریه اللازمه کالبیع و شبهه یقتضی اعتبار اللفظ و من المعلوم أن النقل الحقیقی العرفی». یک نقل انشائی داریم که با خود عقد واقع می شود، ولی یک نقل حقیقی هم داریم که عرفاً با وقوع اجازه حاصل می گردد. جواب این توجیه هم این است که «فیه نظر»، یعنی اجازه تأثیر دارد، ولی تأثیر شرط نسبت به واقع، نه تأثیر مقتضی نسبت به مقتضا. «و فیه نظر بل لو لا شبهه الإجماع الحاصله من عباره جماعه من المعاصرین تعین القول بکفایه نفس الرضا إذا علم حصوله من أی طریق کما یستظهر من کثیر من الفتاوی و النصوص» (۳) ،این مطلب از کثیری از فتاوی و نصوص استفاده می شود. ایشان می فرمایند که یک شبهه ی بدوی برای اجماع وجود دارد، ولی بعد از مراجعه به کلمات قوم معلوم می شود که اجماعی در کار نیست، بلکه در کلمات فقهاء عبائری هست که از آنها استفاده می شود که لفظ معتبر نیست، بلکه مطلق دالّ کفایت می کند.

۱- مصباح الفقاهه، سید ابوالقاسم خوئی، ج ۴، ص۲۰۶.

۲- مصباح الفقاهه، سید ابوالقاسم خوئی، ج ۴، ص۱۹۵.

۳- کتاب المکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص۴۲۲.

کفایت رضا در اجازه ۹۳/۱۱/۲۷

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: کفایت رضا در اجازه

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه به بحث کفایت رضا در اجازه می پردازند. ایشان در ابتداء استدلال مرحوم شیخ در کفایت رضا، به کلمات بزرگان را مطرح نموده و برخی از کلماتی که مرحوم شیخ نقل کرده است را مطرح و دلالت آنها بر مورد بحث را مورد نقد و بررسی قرار می دهند. یکی از کلماتی که از علماء در این باب نقل شده است، بحث اختلاف در وکالت و دلالت کراهت بر ابطال است، مطلب دیگر سکوت بکر در عقد و سومین مطلبی که نقل شده، تمام موضوع بودن رضاست که یک یک این موارد مورد بررسی قرار می گیرد.

کفایت رضایت در اجازه

«لولا شبهه الإجماع الحاصله من عباره جماعه من المعاصرین تعیّن القول بکفایه نفس الرضا إذا علم حصوله من أیّ طریق، کما یستظهر من کثیر من الفتاوی و النصوص». (۱) مرحوم شیخ می فرماید که اگر به جهت ادعای بعضی از معاصرین، شبهه ی اجماع نسبت به عدم کفایت رضایت تنها در اجازه وجود نداشت، ما به صورت بتّی فتوی به کفایت رضایت به طور مطلق می دادیم. عرض شد که کلام مرحوم شیخ در اینجا یک نحوه اجمالی دارد که آیا علم به رضایت در اجازه شرط است، یا رضایت واقعی کافی است؟ولی در اوائل بحث فضولی تصریح کرده است که وجود لفظ یا فعل دالّ بر رضایت معتبر نیست و اگر شخص بینه و بین الله راضی به عقد بود، ولو اینکه دالّی بر رضا وجود نداشته باشد، معامله لازم بوده و از فضولی بودن خارج می گردد. البته در آخر بحث هایی هم که در اینجا دارد، جمله ای را ذکر کرده است که به همان مطلب قبلی ایشان منطبق می شود که دالّ موضوعیتی ندارد و معیار رضایت مالک است. بنابراین، اگر شخص راضی بود ولو اینکه دالّی هم در کار نباشد، معامله، لازم و عقد از فضولیت خارج می شود. ایشان در ابتداء می فرمایند یک شبهه ی اجماعی نسبت به عدم کفایت رضایت در کار است، ولی بعد می فرمایند که کأنَّ این شبهه، یک شبهه ی بدوی است و بزرگان کلماتی دارند که نه تنها اجماعی بودن این مطلب را ردّ می کنند، بلکه این نظر را تأیید می کند که معیار همان رضایت شخص است. و در ادامه شروع به نقل کلمات بزرگان نموده و می فرماید: علاوه بر کلمات بزرگان، از روایات هم استفاده می شود که برای خروج از فضولیت، یک چیزی که دالّ بر رضا باشد، کفایت می کند و لزومی ندارد که انشاء لفظی یا فعلی در کار باشد. آقای خوئی هم به این بحث پرداخته، منتهی ایشان تمام کلماتی که مرحوم شیخ از بزرگان نقل کرده است را مطرح ننموده و روایاتی را هم که مرحوم شیخ ذکر کرده است، استقصاء ننموده است و یک روایتی را هم نقل کرده است که مرحوم شیخ این روایت را به عنوان روایت نقل نکرده، بلکه به عنوان کلمات بزرگان ذکر کرده است. مرحوم شیخ می فرماید: «یستظهر من کثیر من الفتاوی و النصوص..» (۲) ، از کثیری از فتاوی و نصوص ظاهر می شود که اگر انسان از هر راهی یقین به رضایت مالک پیدا بکند، کافی است.

ص: ۵۷۸

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص۴۲۲.

۲- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص۴۲۳.

عدم کفایت سکوت در اجازه

مرحوم شیخ: بزرگان می گویند: در باب اجازه، سکوت تنها کافی نیست و صراحت معتبر است و حتماً باید لفظ یا فعلی که دالّ بر رضاست، وجود داشته باشد. در تعلیل برای این مطلب هم گفته اند که سکوت اعم از رضاست و دلیل بر رضا نخواهد بود، «فقد علل جماعه عدم کفایه السکوت فی الإجازه بکونه أعم من الرضا فلا یدل علیه».

اشکال آقای خوئی: ما از این فرمایش آقایان اینطور استفاده می کنیم که سکوت، فعلی مُبرِز است و نمی توان استفاده کرد که فعل مبرز، معتبر نیست. (۱)

رد اشکال آقای خوئی: این فرمایش آقای خوئی اشکال به کلام مرحوم شیخ نیست، زیرا تعبیر مرحوم شیخ عبارت از این است که اینها در بیان عدم کفایت سکوت، گفته اند: سکوت أعم از رضاست، پس در نتیجه دلالت بر رضا نمی کند، تا کافی در اجازه باشد، «فلا یدلّ علیه». مرحوم شیخ می فرماید: از این فرمایش آقایان استفاده می شود که اگر دلیل بر رضا باشد، کأنّ کفایت در اجازه می کند و فرقی ندارد که این دلیل بر رضا، فعلی از افعال باشد یا نه، انشاء باشد یا نه؛ اینها معتبر نیستند، بلکه معیار نفس حصول رضایت است. آقای خوئی اینطور تعبیر می کند که با توجه به نسبت تباین بین سکوت و رضا، باید این اعم بودن توجیه شود؟ بعد هم ایشان در توجیه این مطلب می گوید که در اینجا ما مُبرِز نسبت به رضا نداریم و لذا این سکوت فایده ای ندارد و کأن امر مبرز معتبر است و علم خارجی، بدون اینکه فعلی از شخص صادر بشود، فایده ندارد. این اشکالی است که آقای خوئی بیان می کند

۱- مصباح الفقاهه (المکاسب)، سید ابوالقاسم خویی، ج ۴، ص ۲۱۰.

ولی مرحوم شیخ متوجه این مطلب است و لذا می گوید: در تعبیر آقایان به جای اینکه گفته شود: چون لفظی در کار نیست، سکوت تنها کفایت نمی کند، اینطور تعبیر شده است که چون دالّی وجود ندارد، سکوت کافی نیست. بنابراین، معیار را دالّ قرار داده اند، نه لفظ و این تعبیر کالصریح در این مطلب است که معیار دالّ است و فرقی ندارد که رضایت را از چه چیزی بفهمیم، از فعلی از افعال یا از هر دالّ دیگری. دیروز هم این مثال را ذکر کردیم در یک زنی که خصوصیاتی مانند زیبایی و حسن اخلاق و مهر کم و امثال آن وجود داشته باشد، به صورت طبیعی رضایت شخص به ازدواج با چنین زنی حاصل است و لازم نیست که فعلی از او برای ابراز رضایت سر بزند، بلکه خداوند در وجود بشر خصوصیاتی مانند شهوت و رغبت به زیبایی قرار داده است که لازمه ی این خصوصیات، رضایت شخص به ازدواج با چنین زنی است.

اشکال بر فرمایش مرحوم شیخ

بنابراین، این فرمایش آقای خوئی جواب فرمایش مرحوم شیخ نیست، ولی عرض ما نسبت به فرمایش مرحوم شیخ عبارت از این است که آیا از این عبارت آقایان استفاده می شود که دالّ تمام الملاک است یا اینکه شرط است؟ اگر دال شرط باشد، به این معنی است که باید دال موجود باشد، ولو اینکه شرایط دیگری هم مانند انشاء و امثال آن وجود داشته باشد. بنابراین، از عبارت «فلا یدلّ علیه» اینطور استفاده می شود که یکی از شرایط عبارت از وجود دال است، ولی شرط منحصر در این مورد نیست و ممکن است که شرایط دیگری هم وجود داشته باشد و لذا معنای این عبارت این است که اگر دال نباشد، باطل است، ولی به این معنی نیست که هر جا دال بود، کفایت می کند. مرحوم شیخ از این عبارت، کفایت دال را استفاده کرده است، ولی چنین چیزی از این عبارت استفاده نمی گردد.

اختلاف در وکالت (دلالت کراهت بر ابطال)

مسئله ی دیگری که ایشان نقل می کند، عبارت از این است که شخصی عملی را با ادعای وکالت از کسی انجام داده است، ولی طرف مقابل دادن وکالت را انکار نموده و می گوید: من تو را وکیل برای این کار نکرده بودم. در این مسئله یک ادعا و یک انکار وجود دارد. یکی نفر منکر وکالت است، کسی هم که این کار را انجام داده است، مثبت وکالت است. در اینجا منکر قسم می خورد و بعد از قسم، این قرار منفسخ می گردد.

بیان معنای انفساخ در این مسئله: ابتداء به نظر می رسد که وجهی برای ذکر کلمه منفسخ در اینجا وجود نداشته باشد، زیرا بحث در اصل تحقق وکالت است و چگونه می توان تعبیر به انفساخ کرد؟

توجیه اول: در کلام آقای خوئی یک توجیهی راجع به استعمال کلمه ی انفساخ در اینجا ذکر شده است که بسیار بعید به نظر می رسد که چنین چیزی مراد باشد. ایشان می فرماید که این مطلب راجع به موردی است که معامله خیاری است و وکالت هم برای شخص وکیل ثابت است، ولی شخص وکیل این مطلب را فراموش کرده است یا به جهت بی تقوایی آن را انکار کرده و بعداً هم قسم می خورد که من وکالتی نداده ام. بنابراین، اصل وکالت واقع شده است، منتهی معامله خیاری است و قسم خوردن موکل علامت این است که راضی به وقوع عقد نیست و لذا این انکار به معنای فسخ نکاح است. این توجیهی است که آقای خوئی بیان کرده است (۱) ، ولی خیلی بعید است که ما این لفظ را حمل به خصوص این مورد بکنیم.

ص: ۵۸۱

۱- مصباح الفقاهه (المکاسب)، سید ابوالقاسم خویی، ج ۴، ص۲۱۰.

توجیه دوم: احتمال قوی تر این است که مراد از انفساخ عبارت از این باشد که عقد فضولی صلاحیت و شأنیت تصحیح را دارد، بر خلاف برخی امور دیگر که چنین شأنیتی را ندارند و لذا با انکار وکالت، این شأنیت از بین می رود و انفساخ پیدا می کند. این شخص ادعای وکالت می کند، ولی وکیل نیست و عقد را فضولتاً و بدون وکالت انجام داده است. طرف مقابل هم می گوید که من أذنی به تو ندادم، و در حقیقت، با این قسم و انکار او، فضولیت عقد اثبات می شود و شأنیت و صلاحیت اجازه هم از بین رفته و منفسخ می گردد. تعلیلی که در اینجا ذکر شده است، عبارت از این است که «لأن الحلف یدل علی کراهتها»، یعنی حلف دلالت بر کراهت طرف مقابل دارد و نفس کراهت هم کافی برای ابطال است. کأنّ طبق این تعلیل، اگر کراهت برای فسخ کافی باشد، در مقابلش، رضایت برای اجازه کفایت می کند.

رد استدلال به این مورد

البته این مسئله نمی تواند دلیل بر مدعی باشد، زیرا چه اجازه به معنای خاص باشد و چه به معنای عام، حتی اگر انشاء هم شرط باشد، وجود کراهت کفایت در بطلان می کند، اما در طرف تصحیح اینطور نیست و صرف بودن رضایت، کفایت در صحت نمی کند. بنابراین، عموم در طرف کراهت است به این معنی که «کل مکروه غیر جایز» و این مطلب مورد توافق است و هم مرحوم شیخ و هم کسانی که انشاء را معتبر می دانند، آن را قبول دارند. و ملازمه ای بین دو شق کراهت و رضایت وجود ندارد و طرف رضایت بستگی به دلیل مطلب دارد.

استدلال به سکوت بکر در عقد

مورد دیگری که مرحوم شیخ می فرماید از آن کفایت رضا استفاده می شود، سکوت بکر است. «ذکر بعضٌ أنه یکفی فی إجازه البکر للعقد الواقع علیها فضولاً سکوتها»، یعنی یک عقدی فضولتاً انجام شده است، بدون اینکه از بکر اذنی گرفته شود، ولی بکر بعد از اطلاع از عقد، سکوت کرده و این سکوت کفایت می کند.

تسامح مرحوم شیخ: البته مرحوم شیخ در اینجا یک تسامحی ذکر کرده است، زیرا ایشان در بیان این مسئله تعبیر به «بعضٌ» کرده است، در حالی که این مطلب بین فقهاء مشهور بوده که سکوت بکر در باب نکاح فضولی، کفایت می کند. بنابراین، در تعبیر به «بعضٌ» یک نحوه تسامحی وجود دارد و بهتر بود که تعبیر به «قول المشهور» یا «قول الاصحاب» می شد.

تسامح آقای خوئی: در کلام آقای خوئی هم این تسامح واقع شده است که این مورد را ظاهراً از روایاتی دانسته است که مرحوم شیخ به آن استدلال کرده است، در حالی که مرحوم شیخ این مسئله را جزء روایات مسئله ذکر نکرده است، بلکه به عنوان یکی از کلمات بزرگان متذکر آن شده است.

به هر حال، این مسئله چه یکی از روایات باشد و چه یکی از کلمات بزرگان، مرحوم شیخ به آن استدلال کرده و می گوید که فقهاء سکوت بکر را کافی دانسته اند.

نقد استدلال مرحوم شیخ

البته باید عرض کنیم که کفایت سکوت، یک معنای اخصی است، زیرا سکوت فعلی از افعال است و در خیلی از موارد خود سکوت علامت امضاء است و لذا از اینکه شارع سکوت را اماره قرار داده و امضاء حساب کرده است، نمی توان استفاده کرد که رضایت مطلق کافی در اجازه است، چه این رضایت از فعلی کشف شده باشد و چه از قید یا انشاء با فعل یا انشاء با ترک. بنابراین، ما نمی توانیم از این مورد چنین چیزی را استفاده بکنیم که انشاء در اجازه معتبر نیست و کشف رضایت از هر طریقی کفایت می کند. و ممکن است بگوییم که سکوت، عرفاً یک نحوه امضاء است و همین در اجازه کافی است، ولی در صورتی که ما فقط علم خارجی به رضایت شخص داشته باشیم، نمی توانیم این رضایت را کافی بدانیم، خصوصاً بر مبنای مرحوم شیخ — که از آخر بیاناتش استفاده می شود- در اجازه حتی نیاز به اماره ی عرفیه هم نیست و صرف رضایت واقعی بینه و بین الله کفایت می کند و باید شخص در صورت وجود چنین رضایتی، به عقد ترتیب اثر بدهد. بنابراین، این استدلال هم محل اشکال است. «ذکر بعضٌ أنه یکفی فی إجازه البکر للعقد الواقع علیها فضولاً- سکوتهاو من المعلوم أن لیس المراد من ذلک أنه لا یحتاج إلی إجازتها»، یعنی مراد این نیست که سکوت قائم مقام و بدل از اجازه است، بلکه سکوت یکی از مصادیق اجازه است، «لیس المراد من ذلک أنه لا یحتاج إلی إجازتها»، سکوت خودش اجازه است، نه اینکه قائم مقام اجازه باشد. «بل المراد کفایه السکوت الظاهر فی الرضا و إن لم یفد القطع»، یعنی سکوت کفایت می کند که مصداق برای اجازه قرار بگیرد و مورد بحث ما هم کأنّ همین است. «دفعا للحرج علیها و علینا»، یعنی سکوت ملازمه ی خارجی با انشاء و امضاء ندارد، ولی شارع برای اینکه مردم به زحمت نیافتند، یک چیزهایی را اماره و یک چیزهایی را اصل قرار می دهد و هیچ اشکالی ندارد که شارع به سکوت اکتفاء کرده و آن را از مصادیق اجازه قرار بدهد. ما هم عرض کردیم که چنین چیزی علی وجه الاطلاق از این

مسئله استفاده نمی شود، خصوصاً بر اساس مبنای مرحوم شیخ که حتی وجود دال را هم لازم نمی داند و در صورتی که شخص بینه و بین الله رضایت داشته باشد، باید به عقد ترتیب اثر بدهد. مرحوم شیخ در ادامه از مطلب هم تجاوز کرده و یک مطلب کلی تری را ادعاء می کند که آقای خوئی و برخی دیگر منکر این مطلب هستند. مرحوم شیخ می فرماید: آنهایی هم که گفته اند: فلان فعل، در باب اجازه کفایت می کند و از یک فعلی اسم برده اند، ظاهرش این است که این فعل موضوعیت ندارد و شارع این فعل را بما أنه فعلٌ، مورد تعبد قرار نداده است، بلکه ظاهراً این فعل به عنوان کاشفیت ذکر شده است و معنایش این است که از هر راهی رضایت شخص را به دست بیاوریم، کفایت می کند. این چیزی است که مرحوم شیخ استظهار کرده است، ولی خیلی از آقایان به این مطلب ایشان اشکال کرده اند که اگر در برخی کلمات، حکم به کفایت فعلی از افعال شد، نمی توانیم آن را به عنوان کاشفیت در نظر گرفته و به مطلق موارد تعدی کنیم. مثلاً ـ در باب فضولی، اگر بایع ثمن را گرفت و در آن تصرف کرد، علماء حکم کرده اند که این تصرف اجازه محسوب می شود، اگر هم تعبیر به اجازه نشده باشد، ولی در صحت معامله کفایت می کند. مثال دیگر هم تمکین زوجه نسبت به زوج است که علماء گفته اند در صحت عقد کفایت می کند. مرحوم شیخ می فرماید: ظاهر کلمات کسانی که این افعال را کافی دانسته اند، عبارت از این نیست که خود فعل بماهو موضوعیتی دارد و شارع هم تعبداً این کار را کرده است، بلکه ذکر این افعال به عنوان کشف از رضا می باشد. البته آقایان دیگر می گویند که ما دلیلی بر این نداریم که مطلق انکشاف رضایت، کفایت در اجازه یا صحت معامله بکند، زیرا ممکن است امضاء معتبر بوده و بر این افعال هم عرفاً امضاء صدق می کند.

ص: ۵۸۳

خلاصه معلوم نیست که ما بتوانیم از کلمات فقهاء که در این موارد، مبرز را کافی در صحت معامله دانسته اند، تعدی بکنیم و علم شخص به رضایت را کافی دانسته و هیچ فعل یا مبرز دیگری را معتبر ندانیم.

رضایت بعدی در مکره

کلام مرحوم شیخ: بعد هم ایشان می فرمایند که یکی از مواردی که فقهاء ذکر کرده اند، عبارت از این است که شخص مکره بعداً راضی به عقدی بشود که عن اکراهٍ بجا آورده است و همین نفس الرضا کافی است و لزومی ندارد که فعلی از او سر بزند و لذا اگر بینه و بین الله راضی به عقد اکراهی شد، کفایت می کند. ایشان می گوید: «و قد صرح غیرُ واحد بأنه لو رضی المکره بما فعله صحّ و لم یُعبّروا بالإجازه»، بدون تعبیر به اجازه، حکم به صحت کرده اند. مرحوم شیخ قبلاً هم فرمود که ما به لغت اجازه کاری نداریم که وضعاً و انصرافاً به چه معناست، بلکه ما می خواهیم بدانیم که عقد فضولی در چه مورد قابل تصحیح و در چه مورد قابل تصحیح نیست. این آقایان می گویند که اگر عقدی عن کُرهٍ واقع شده باشد، با رضایت بعدی شخص مکره، عقد صحیح خواهد بود و از این مسئله معلوم می شود که در صحت عقد، انجام فعلی معتبر نیست و صرف وجود رضایت، کافی است. این فرمایش مرحوم شیخ است.

نقد فرمایش مرحوم شیخ: این مطلب از جهت کفایت نفس الرضا درست است، منتهی مربوط به جایی است که شخص نسبت به خودش عقدی را بدون وجود شرطش جاری کرده و با رضایت بعدی، این عقد تصحیح می شود، در حالی که بحث ما راجع به عقدی است که راجع به دیگران صادر شده است و معلوم نیست که در اینجا رضایت تنها کافی باشد و لذا این مطلب به درد مورد بحث ما نمی خورد.

بعد هم مرحوم شیخ در میان نقل کلمات قوم، یک روایتی را ذکر می کند که مناسب بود این روایت را در سیاق روایاتی که بعداً ذکر می کند، بیان می کرد.

تمام موضوع بودن رضا

مرحوم شیخ در ادامه از کلمات علماء این مطلب را هم ذکر می کند که در بحث کاشفیت یا ناقلیت اجازه، برای کاشف این بیان را ذکر کرده اند که همه ی شرایط غیر از رضا وجود دارد، وقتی هم که رضا حاصل شد، عقد صحیح خواهد بود و کأنّ رضا تمام موضوع است. در این تعبیر علماء ذکر نشده است که اگر بعداً اجازه حاصل شد، بلکه آقایان می گویند که اگر بعداً رضا حاصل شد، کافی است. این عبارت علماء که تعبیر به «عدا رضا المالک» کرده اند، برای مورد بحث ما خوب است، زیرا بحث ما عبارت از این است که برای تصحیح اعمال دیگران، آیا باید فعلی از مالک صادر بشود یا رضایت مالک کافی است؟ آقای خوئی این قسمت را نقل نکرده است، منتهی خود مرحوم شیخ قبلًا فرموده است که بعضی ها تعبیر به رضا و بعضی ها هم تعبیر به اذن کرده اند، و لذا خیلی معلوم نیست که مراد از کلمه ی رضا، اشاره به کفایت صرف الرضا است یا نه؟

کفایت رضا در اجازه ۹۳/۱۱/۲۸

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: کفایت رضا در اجازه

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه به ادامه ی بحث کفایت رضایت در اجازه پرداخته و شبهه ی اجماع بر عدم کفایت رضایت را که از جانب برخی از معاصرین حاصل شده است را مورد نقد و بررسی قرار می دهند. و در ادامه عدم دلالت کلمات علماء بر مختار مرحوم شیخ را ذکر نموده و با ذکر عبارتی از مرحوم شیخ، می فرمایند که ایشان از رد دعوای اجماع تنزّل کرده و مؤیدی بر دعوای اجماع ذکر نموده است.

ص: ۵۸۵

شبهه ی اجماع بر عدم کفایت رضایت

مرحوم شیخ فرمود (۱) که بر اساس کلمات عده ای از معاصرین، شبهه ی اجماع نسبت به عدم کفایت رضایتِ تنها در اجازه وجود دارد و اگر این شبهه نبود، ما جزماً حکم می کردیم که در باب اجازه، از هر راهی که شخص علم به رضایت مالک پیدا کند، کافی است. و در مجیز، نه وقوع فعلی شرط است و نه ابراز رضایت لفظی معتبر است و از هر طریقی که کشف رضایت شود، کفایت می کند. ایشان در ادامه می فرمایند این شبهه را عده ای از معاصرین ایجاد کرده اند و اگر ما به کلمات قوم مراجعه کنیم، شبهه ی اجماع بر عدم کفایت رضایت در اجازه مرتفع می شود و می فهمیم که این مسئله اجماعی نیست و خلاف این مطلب در کلمات بزرگان زیاد است.

اگر اجماعی در کار نباشد، قاعده اقتضاء می کند که اگر دو نفر با هم عقد بستند، باید به عقدشان ترتیب اثر دهند، منتهی با

شرطی که ثابت شده است و آن اصل رضایت است، اعم از اینکه این رضایت متقدم یا متأخر باشد. و در عقد همین مقدار ثابت شده و نسبت به «أوفوا بالعقود» (۲) تخصیصی بیش از این وارد نشده است و ما دلیلی بر ورود تخصیص بیشتر از اصل رضایت نداریم. و بر اساس کلماتی که ایشان از قوم نقل کردند، این مسئله اجماعی نیست.

عدم دلالت کلمات علماء بر مدعای مرحوم شیخ

ص: ۵۸۶

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۲۲.

۲- مائده / ۱.

دیروز عرض شد مواردی که مرحوم شیخ از کلمات قوم ذکر کرده به غیر از یک مورد، دلالت بر مدعای ایشان ندارد. آن یک موردی که دلالت آن را قبول کردیم، عبارت از این بود که علت صحت فضولی این است که در فضولی تمام شرائط موجود است و فقط یک شرط وجود ندارد که آن هم عبارت از رضایت مالك است و در صورت حصول این شرط، عقد صحیح است و باید نتیجه دهد. به هر حال یا بر اساس کشف یا بر اساس اصل فضولی، کلمه ی رضا را معیار قرار داده اند و این تعبیر یک نحوه ظهوری در این دارد که ملاک و شرط صحت، عبارت از رضاست. عرض دیروز ما این بود، ولی با نظر ثانوی به این مسئله، اینطور به نظر می رسد که کسانی که رضا را در صحت عقد فضولی معتبر می دانند، در مقام بیان این مطلب نیستند که به چه وسیله ای رضا کشف شود و آیا انشاء در آن معتبر است یا نه. این بزرگان می خواهند بگویند که رضایت با شرایط خاص خودش، چه مقارن و چه متأخر باشد، در نظر عقلاء و ادله، حکم واحد را دارد. بنابراین، این مطلبی که ایشان از بزرگان نقل می کند، بجز مسئله ی تساوی بین رضایت متقدم و متأخر، ناظر به امر دیگری نیست و لذا نمی توان گفت که شرایط دیگری در رضا معتبر نیست. لذا همین علماء که تقدم و تأخر رضا را مساوی می دانند، در بحث از اجازه، قیودی مانند صراحت و امثال آن را ذکر می کنند. بنابراین، از این کلمات بزرگان، مختار مرحوم شیخ استفاده نمی شود که فقط رضایت واقعیه کافی بوده و حتی علم به رضا هم در صحت عقد معتبر نباشد. مرحوم شیخ بعداً به روایاتی می پردازند که از آنها کفایت نفس الرضا را استفاده می کند که روایات را بعداً می خوانیم.

ص: ۵۸۷

برگشت مرحوم شیخ از رد دعوای اجماع

بعد از اینکه مرحوم شیخ بحث روایات را تمام می کند، درست در نقطه ی مقابل فرمایش اولش مطلبی را بیان می کند که مؤید ادعای اجماع بعض المعاصرین می باشد. و ایشان نسبت به مطالبی که قبلاً ذکر کرده بود، یک نحوه برگشتی نموده و می فرماید: اگر ما در باب اجازه، مطلق رضا یا رضایتی که به وسیله فعل ابراز می شود را کافی بدانیم، در باب اذن که مقارن یا متقدم بر عقد است، به طریق اولی باید کافی باشد. البته در صورت عکس این مطلب، یعنی در صورتی که اذن متقدم یا مقارن را کافی بدانیم، ملازمه ای نسبت به لاحق وجود ندارد، ولی در صورتی که رضایت لاحق کفایت کند، نسبت به کفایت رضایت متقدم یا مقارن، اولویت عرفیه وجود دارد. بنابراین، اگر با این بیانات بگوییم که اجازه — که همان إذن و ابراز رضایت متأخر است- کافی است، بالاولویه رضایت متقدم هم باید کافی باشد و در نتیجه، اگر هیچ اذنی از ناحیه ی مالک صادر نشده باشد، ولی ثبوتاً راضی باشد، باید اینطور حکم کنیم که مالک حق بر هم زدن عقد را ندارد، هر چند که هیچ أذنی از او نسبت به این عقد صادر نشده است. به عبارت دیگر، با توجه به اینکه مالک راضی به عقد بوده است و لازم هم نیست که عملی از او در إبراز رضایتش سر بزند، به جهت این رضایت خارجی عندالله، حق به هم زدن عقد را ندارد، با اینکه هیچ إذنی از او نسبت به این عقد صادر نشده است. و فقهاء هیچ کدام ملتزم به چنین چیزی نیستند و در نتیجه این مطلب استفاده می شود که چیزی اجازه اش مفید است که اذنش مفید باشد و قهراً اگر در باب اذن قائل به توسعه نباشیم، در باب اجازه هم نمی توان قائل به توسعه شد. و ایشان این مطلب را ذکر می کند که علماء در باب إذن، ملتزم به چنین چیزی نیستند و این فرمایش ایشان در اینجا، کأنّ یک نحوه برگشتی از فرمایش قبلی است.

ص: ۵۸۸

در عبارت مرحوم شیخ یک نحوه اندماجی وجود دارد. در بیانات سابق خود گفت که نه فعل دالّ بر رضا و نه لفظ هیچ کدام معتبر نیست، بلکه مطلق الرضا یا رضایت مستکشف کفایت می کند، ولی با این بیان اخیر، از قول سابق خود عدول کرده و تعبیری به کار می برد که موهم این مطلب است که همان طوری که در باب إذن، انشاء با لفظ معتبر است، کأن در باب اجازه هم انشاء با لفظ معتبر است. بنابراین، طبق این بیان اخیر، ایشان در شرایط اجازه، خیلی قائل به تضیّق شده است. البته می توان برای عبارت ایشان یک توجیهی بیان کرد. مرحوم شیخ می فرماید: «بقی فی المقام أنه إذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازه باللفظ و کفایه مطلق الرضا أو الفعل الدال علیه». در صورت عدم اعتبار لفظ، دو نظریه وجود دارد که مطلق رضا را کافی بدانیم یا فعل دالّ بر رضا را کافی بدانیم. اگر قائل به نظر دوم شدیم، یک مقدار دایره اش مضیق خواهد شد، ولی در هر صورت نیاز به لفظ نداریم. مرحوم شیخ می فرماید که اگر در باب اجازه قائل به عدم اعتبار لفظ شدیم، در باب اذن هم باید قائل به این مطلب شویم، «فینبغی أن یقال بکفایه وقوع مثل ذلک مقارناً للعقد أو سابقاً فإذا فرضنا أنه علم رضا المالک بقول أو فعل یدل علی رضاه ببیع ماله»، در نتیجه، اگر چنین چیزی از هر راهی معلوم شد، «کفی فی اللزوم لأن ما یؤثر بلحوقه یؤثر بمقارنته بطریق أولی»، اگر ما قائل به چنین توسعه ای در اجازه شویم، باید در باب اذن هم به همین توسعه قائل شویم. «و الظاهر أن الأصحاب لاـ یلتزمون بذلک» در باب اذن، کسی قائل به این مطلب به این حد از توسع نیست، قهراً در باب اجازه هم ما باید به همان چیزی که در باب اذن است، قائل شده و نباید قائل به توسعه شویم. «فمقتضی ذلک أن لایصح الإجازه إلا بما لو وقع قبل العقد کان إذنا مخرجا للبیع عن الفضولی». ایشان در اول عبارت فرمودند: «إذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازه باللفظ»، یعنی اگر ما انشاء لفظ را معتبر ندانسته و مطلق الرضا یا رضای مستکشف را کافی بدانیم، باید در باب اذن هم قائل به این مطلب شویم و چون در باب اذن کسی قائل به عدم اعتبار انشاء لفظ نیست، کأنّ در باب اجازه هم باید انشاء با لفظ را معتبر بدانیم. و اگر قائل به اعتبار لفظ در اجازه شویم، اجازه خیلی مضیق خواهد شد، در حالی که ایشان تقریباً به صورت مسلم، لفظ را در اجازه معتبر نمی دانستند.

ص: ۵۸۹

توجیه فرمایش مرحوم شیخ

البته ممکن است مراد مرحوم شیخ این باشد که اگر بگوییم: انشاء لفظ در اجازه معتبر نیست، باید یکی از این دو مبنی را اختیار کنیم: یا مطلق الرضا را کافی بدانیم که مرحوم شیخ هم تمایل به این قول دارد، یا اینکه فعل دالّ بر رضا را کافی بدانیم. ابتداءً نظر ما این بود که یکی از این دو مبنی را اختیار کنیم، ولی باید از مبنای کفایت مطلق الاجازه رفع ید کرده و بگوییم که علم به رضای مالک به وسیله ی قول یا فعل باید حاصل شود و هر چند ما ترجیح می دهیم که مطلق الرضا کافی است، ولی چون فقهاء در باب إذن ملتزم به آن نیستند، در اجازه هم نمی توان قائل به آن شد. و مرحوم شیخ از قول سابقش در این حد عدول نکرده است که حتماً لفظ را معتبر بداند، بلکه می فرماید که ابراز رضایت باید با فعل دالّ بر رضا باشد و خیلی بعید به نظر می رسد که تا این حد قائل به تضیق شود که حتماً لفظ را معتبر بداند. منتهی بحث در این است که ایشان اول، مطلق رضایت را کافی دانسته و حتی فعل را هم شرط در صحت ندانسته است و حتی راجع به کسانی که بعضی از افعال را در باب اجازه ذکر کرده اند، فرمود که ذکر این افعال موضوعیتی ندارد و صرفاً به جهت کاشفیت از رضا بیان شده است و فقط رضایت شخص ملاک است. و بعد از این استظهار، به عمومات و اطلاقات هم تمسک کرده است، ولی در اینجا می فرماید که صرف رضایت کفایت نمی کند.

ص: ۵۹۰

در جواب این اشکال باید گفت که مرحوم شیخ در بعضی موارد می گوید: مخالفه الاصحاب مشکل است، ولی مخالفه القواعد اشکل از آن است. و ممکن است نظر ایشان عبارت از این باشد که اصحاب قائل به این مطلب نیستند و مخالفت با اصحاب هم امر مشکلی است، ولی از طرف دیگر قواعد و ادله و اطلاقات با ضمیمه شدن کلمات برخی دیگر از اصحاب، اقتضاء می کند که مطلق رضا کافی باشد و مخالفت ادله و اطلاقات اشکل است.

به هر حال، مرحوم شیخ متمایل به این است که رضای واقعی کفایت می کند و اگر شخص بینه و بین الله رضایت واقعی داشته باشد، اثرش این است که عقد لازم است و نمی تواند از آن برگردد. مرحوم شیخ در مباحث قبلی صریحاً و در اینجا هم ظاهراً به این مطلب اشاره کرده و در ادامه هم روایاتی برای مختار خود ذکر می کند.

مطلب بعدی اینکه مسئله ی بکر را آقای خوئی کأنّ جزء روایاتی دانسته که مرحوم شیخ به آن استدلال کرده، در حالی که مرحوم شیخ این مسئله را به عنوان کلمات اصحاب ذکر کرده و در دلالت آن هم بر مدعای مرحوم شیخ اشکال شده است، زیرا در خیلی از مواقع، سکوت علامت امضاء است نه اینکه از آن علم به رضا را کشف کنیم. گاهی اوقات مطلبی را به انسان پیشنهاد می دهند که شخص به جای گفتن بله، سکوت می کند و عرفاً این سکوت به جای بله ی لفظی است. بنابراین، کفایت سکوت از باب رضایت واقعی و ثبوتی نیست، بلکه عرف متعارف در بعضی موارد، سکوت را به منزله ی بله می داند. و این سکوت می تواند در مقام تقریر باشد و سکوت مولا بعد از علم به تزویج عبد هم همین طور است. و چون زن بکر خجول است، همین سکوت او امضاء و اعلام موافقت او با عقد است. سکوت مولای مقتدر نسبت به عملی که عبد انجام داده است هم همین طور است. در روایات هم وارد شده که سکوت در این گونه موارد امضاء حساب شده و کفایت می کند. مرحوم شیخ به این مسئله استدلال کرده است.

سکوت عرفا دلیل بر امضا استو حتی ممکن است گفته شود اگر سکوت، دلیل بر امضاء نباشد - زیرا ممکن است مولا به جهت بی اطلاعی از مسائل شرعی، نداند که حق ممانعت عبد از ازدواج را دارد و لذا چنین سکوتی علامت امضاء یا رضایت او نسبت به این کار نیست - منتهی شارع مقدس تنزیلاً سکوت را در حکم امضاء دانسته است، مثل اینکه راجع به طواف می فرماید: «الطواف بالبیت صلاه» ولی اشکال این است که اگر هم شارع در جایی که خود شخص می خواهد عقدی را انجام دهد، و برای دیگران هم حقی وجود دارد، سکوت شخص را قبول کرده است، ولی نمی توان این مطلب را در مورد بحث جاری کرد، زیرا در اینجا دیگری می خواهد عقدی جاری کند و معلوم نیست که سکوت ذی حق کفایت کند. بنابراین، این مسئله دلیل بر مختار مرحوم شیخ نیست.

مرحوم شیخ به مسائل مشابهی هم استدلال کرده است که به نظر ما هیچ کدام شاهد بر مختار ایشان نیست. چیزی که وجداناً می توان گفت، این است که عرف متعارف در امضا و امثال آن، خود امضا را معتبر می داند. حتی ممکن است یک لفظی را به عنوان امضا، انشا کند که مجمل باشد یا ظاهرش عدم الانشاء باشد، ولی خود شخص از این لفظ قصد انشاء دارد و می خواهد مطلب را امضاء کند. بنای عقلاء در چنین مواردی، این انشاء را در رفع مشکل فضولی و صحت آن کافی می داند.

کفایت إخبار در تحقق زوجیت– دلالت روایت ابوعبیده حذاء بر کفایت رضا در اجازه ۹۳/۱۱/۲۹

ص: ۵۹۲

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: کفایت إخبار در تحقق زوجیت- دلالت روایت ابوعبیده حذاء بر کفایت رضا در اجازه

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه ابتداء در جواب سؤالی راجع به کفایت إخبار در تحقق زوجیت مطالبی را بیان می فرمایند. و سپس به بررسی روایت ابوعبیده ی حذاء و دلالت آن بر کفایت رضا در اجازه پرداخته و به مرحوم شیخ اشکال می کنند که چرا چنین روایتی را که از جهت سند صحیح و از جهت دلالت هم قابل قبول است، جزء روایات مسئله بیان نکرده است. و در ادامه به دو اشکال در دلالت این روایت اشاره می فرمایند که یکی از این دو اشکال تعدی از باب نکاح به باب بیع است و دیگری هم اخص بودن مورد روایت از مسئله ی مورد بحث می باشد.

کفایت إخبار در تحقق زوجیت

دیروز یک سؤالی پرسیده شد که جواب آن را بیان می کنم و بعد هم یک روایاتی را می خوانم.

بنده عرض می کردم که اگر کسی می گوید: من نسبت به این عقد رضایت دارم، ممکن است که این إخبار، انشاء باشد. ابتداء به ذهن انسان این مطلب خطور می کند که اخبار و انشاء دو امر مقابل هم هستند و لذا مستحیل است که اخبار، انشاء باشد، ولی مقصود از انشاء بودن إخبار، این است که متعلق هر یک غیر از دیگری است. به عبارت دیگر، إخبار از رضایت است، ولی انشاء نسبت به زوجیت می باشد.

گاهی اوقات یک عقدی واقع شده است و شخص إخبار از رضایت خودش می کند مثل اینکه یک عقد رسمی واقع شده است و اگر از او بپرسند که آیا راضی از این ازدواج هستی یا نه، می گوید: من راضیم. در اینجا شخص اعتقاد به این دارد که ازدواجی واقع شده است و این إخبار او، إخبار محض است. ولی گاهی اوقات شخص اعتقاد به وقوع عقد ندارد و برای ایجاد زوجیت می گوید که من موافق با این ازدواج هستم. در حقیقت، این إخبار، مانند امضاء است و إخبار از زوجیت، به داعی ایجاد زوجیت است. در چنین صورتی، این إخبار در تحقق زوجیت کافی است.

ص: ۵۹۳

روایت ابوعبیده حذاء

در میان روایاتی که ما خواندیم، یک روایت صحیح السند و قابل ملاحظه وجود دارد که شیخ آن را ذکر نکرده است، ولی حضرت امام (ره) این روایت را بیان فرموده است. (۱)

این روایت، روایت ابوعبیده حذاء است که از آن استفاده می شود که رضایت، در حصول اجازه و تأثیر آن در تصحیح عمل، تمام موضوع است. بهتر است که ما این روایت نورانی را بخوانیم و یک توضیحات فی الجمله ای هم بیان کنیم. البته حضرت امام (ره) بر اساس شواهد و جهاتی که ظهور در خلاف دارد، این روایت را در استدلال بر مختار کافی ندانسته و می فرماید: بر اساس مبنای شیخ که این روایت را مربوط به فضولی می داند، جای تعجب است که چرا ایشان این روایت را در بحث

اجازه ذکر نکرده است. روایت عبارت از این است: «عِدَّهٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِیَادٍ وَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ یَحْیَی عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ»، دو طریق بلکه سه طریق برای کلینی به کتاب حسن بن محبوب، در این روایت وجود دارد، «وَ عَنْ عَلِیِّ بْنِ إِبْرَاهِیمَ عَنْ أَبِیهِ جَمِیعاً عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ»، سه طریق به کتاب حسن بن محبوب وجود دارد، «عَنْ عَلِیِّ بْنِ رِئَابٍ عَنْ أَبِی عُبَیْدَهَ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ علیه السلام عَنْ غُلَامٍ وَ جَارِیَهٍ زَوَّجَهُمَا وَلِیَّانِ لَهُمَا وَ هُمَا غَیْرُ مُدْرِکَیْنِ». این روایت راجع به یک دختر و پسر نابالغی است که ولیّ شان آنها را تزویج کرده است، در حالی که غیر بالغ بودند.

ص: ۵۹۴

۱- کتاب البیع، امام الخمینی، ج ۲، ص ۲۷۸.

منظور از ولیّان در روایت

از تعبیر «ولیـان» آنچه که ابتـداءً به نظر می رسـد، عبـارت از ولی شـرعی است که در این صورت، قهراً مربوط به بحث فضولی نمی شـود، ولی به جهت وجود یـک قرینه در همین روایت و همچنین وجود یـک قرینه در یـک روایت دیگر، مراد از «ولیّـان» ولیّ شرعی نیست. بر اساس آنچه که در روایات هست، اوضح افراد ولیّ شرعی و واضح ترین مصداق آن، پدر است در حالی که در ذیل این روایت، حکم پدر – که اظهر افراد ولی شرعی است – جدا شده است و همین قرینه بر این است که مراد از ولیّ در این روایت، ولیّ شرعی نیست.

ولی را دو گونه می شود معنی کنیم: یکی از این دو معنی، ولیّ بر اسـاس قـانون عرفی است مثل اینکه در خیلی از موارد، عمو یـا برادر بزرگ یک نحوه ولایتی دارنـد. گاهی هم مراد ولیّ لغوی است مثل اشخاصـی که رسـیدگی به امور شـخص کرده و کارهـای او را تنظیم می کننـد، ولو اینکه از نظر قـانون یـا عرف، ولایـتی برای آنهـا وجود نـدارد. در این صورت فقـط ولایـت تکوینی وجود دارد. خلاصه به قرینه ی جدا شدن حکم پدر در ذیل روایت، مراد از ولیّ، ولیّ شرعی نیست.

«وَ هُمَا غَیْرُ مُدْرِکَیْنِ قَالَ فَقَالَ النِّکَاحُ جَائِزٌ أَیُّهُمَا أَدْرَکَ کَانَ لَهُ الْخِیَارُ». ابتداءً ظاهر جواز، عبارت از جواز فعلی است، ولی قرینه بر این داریم که مراد جواز شـأنی است. گـاهی اوقـات مراد از جواز نکـاح، معنای مقابل بطلان نکاح است، ولی گاهی شأنیت نکـاح وجود دارد. در اینجـا هم ابتـداءً جواز ظهور در جواز فعلی دارد، ولی قرینه بر این داریم که مراد جواز شأنی است. قرینه دیگری که مؤیـد این مطلب است که مراد از ولی، ولی شـرعی نیست، عبارت از این است که در روایت های دیگر وارد شـده است که اگر اولیای شـرعی بچه را عقد کنند، آن بچه حق ندارد بعداً عقد را به هم بزند، ولی در قسمت هایی از این روایت به این مطلب اشـاره شـده است که می توانـد عقـد را به هم بزنـد. بنابراین، مراد از جواز نکاح در عبارت «النکاح جائز»، جواز در مقابل باطل است.

در خیلی از تعبیرات، نسبت به عقد فضولی کلمه ی انفساخ اطلاق شده است و حتی خود شیخ هم در بحث بعدی راجع به عقد فضولی می گوید که با ردّ منفسخ می شود، در حالی که عقد فضولی هنوز واقع نشده است. ولذا انفساخ در اینجا به همان معنای شأنیت تزویج و شأنیت الاصلاح است.

در بعضی از روایات هم که شخص به ادعای وکالت عملی را انجام داده است، ولی طرف مقابلش می گوید که من تو را وکیل نکردم، در اینجا این کسی که منکر وکالت است، قسم می خورد که من این شخص را وکیل نکردم و لذا وکاله منفسخ می شود. یعنی عقد بدون إذن و فضولی بوده است، ولی صلاحیت این را داشته است که با اجازه تصحیح شود و اطلاق کلمه ی فسخ به معنای از بین رفتن این شأنیت است. «النِّكَاحُ جَائِزٌ أَيُّهُمَا أَدْرَكَ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ»، اختیار دارند که امضاء کنند تا عقد درست باشد یا امضاء نکنند. خیار در معنای مصطلح فقهی عبارت از این است که یک شیئی از شأنیت گذشته و فعلیت پیدا کرده است، منتهی لازم نیست و امکان به هم زدن آن وجود دارد، ولی خیار به معنای لغوی عبارت از این است که اختیار دارند که قبول کنند یا قبول نکنند. بنابراین، خیار در اینجا به غیر معنای مصطلح فقهی است و معلوم هم نیست که این معنی بر خلاف ظاهر باشد.

«أَيُّهُمَا أَدْرَكَ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ وَ إِنْ مَاتَا قَبْلَ أَنْ يُدْرِكَا فَلَا مِيرَاثَ بَيْنَهُمَا وَ لَا مَهْرَ إِلَّا أَنْ يَكُونَا». این إلّا برای استثنای منقطع و به معنای فقط است. «إِلَّا أَنْ يَكُونَا قَدْ أَدْرَكَا وَ رَضِيَا»، فقط موقعی به این عقد ترتیب اثر داده می شود که هر دو بلوغ را ادراک کرده و راضی شده باشند. در اینجا عقدی توسط غیر ولی شرعی فضولتاً واقع شده است و این عقد فضولی باید به امضاء این بچه ها برسد. «إِلَّا أَنْ يَكُونَا قَدْ أَدْرَكَا وَ رَضِيَا». در این تعبیر، نفس الرضا را در اجازه و ترتیب اثر دادن، کافی دانسته است. «قُلْتُ فَإِنْ أَدْرَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ قَالَ يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَيْهِ إِنْ هُوَ رَضِيَ». در این عبارت هم می گوید: اگر یکی از اینها قبل از دیگری بلوغ را درک کرد، عقد از ناحیه ی او تمام است به شرط اینکه رضایت داشته باشد. در اینجا هم تعبیر به «إنْ هو رضی» شده است، منتهی بعد از رضایت اولی، باید رضایت نفر دوم هم جلب شود. «قُلْتُ فَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ الَّذِي أَدْرَكَ قَبْلَ الْجَارِيَةِ وَ رَضِيَ النِّكَاحَ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ الْجَارِيَةُ»، ممکن نشده است که هر دو نفر در یک زمان اجازه بدهند و حتی زوج قبل از اینکه جاریه اجازه بدهد، مرده است که اصلاً زوجیت عرفیه در اینجا وجود ندارد. «فَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ الَّذِي أَدْرَكَ قَبْلَ الْجَارِيَةِ وَ رَضِيَ النِّكَاحَ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ الْجَارِيَةُ أَ تَرِثُهُ ؟ ». آیا در این صورت، این دختر از آن زوجی که مرده است، ارث می برد؟ «قَالَ نَعَمْ يُعْزَلُ مِيرَاثُهَا مِنْهُ حَتَّى تُدْرِكَ فَتَحْلِفَ بِاللَّهِ مَا دَعَاهَا إِلَى أَخْذِ الْمِيرَاثِ إِلَّا رِضَاهَا بِالتَّزْوِيجِ»، در تقسیم ارث، حساب این دختر را کنار می گذارند تا بالغ شده و صلاحیت اجازه پیدا کند. بعد از بلوغ هم چون این ریب وجود دارد که قبول زوجیت فقط به جهت ارث باشد، زیرا هیچ تمتع و استیناسی در کار نیست، ولذا باید قَسَم بخورد که من به آن مرد علاقه داشتم و اگر زنده بود، با هم زندگی می کردیم. «نَعَمْ يُعْزَلُ مِيرَاثُهَا مِنْهُ حَتَّى تُدْرِكَ فَتَحْلِفَ بِاللَّهِ مَا دَعَاهَا إِلَى أَخْذِ الْمِيرَاثِ إِلَّا رِضَاهَا بِالتَّزْوِيجِ ثُمَّ يُدْفَعُ إِلَيْهَا الْمِيرَاثُ وَ نِصْفُ الْمَهْرِ». چون مدخوله نبوده است، نصف مهر را به او می دهند. «قُلْتُ فَإِنْ مَاتَتِ الْجَارِيَةُ وَ لَمْ تَكُنْ أَدْرَكَتْ»، اگر جاریه قبل از بزرگ شدن بمیرد، آیا زوج هم می تواند بعد از بزرگ شدن، قسم بخورد و ارث ببرد؟ «فَإِنْ مَاتَتِ الْجَارِيَةُ وَ لَمْ تَكُنْ أَدْرَكَتْ أَ يَرِثُهَا الزَّوْجُ الْمُدْرِكُ قَالَ لَا»، مرد ارث نمی برد، زیرا شارع برای آن زن این اختیار را قرار داده بود که قبول کند یا قبول نکند، ولی در اینجا قبل از اینکه صلاحیت اعمال خیار را داشته باشد، مرده است و بنابراین موافقت مرد فایده ندارد. البته اگر بعد از بلوغ قبول می کرد، کفایت می نمود. «قَالَ لَا لِأَنَّ لَهَا الْخِيَارَ إِذَا

أَدْرَكَتْ»، یعنی اختیار این را داشت که امضاء بکند یا امضاء نکند. و اما راجع به عقدی که توسط پدر انجام شده است، اینطور تعبیر شده است: «قُلْتُ فَإِنْ کَانَ أَبُوهَا هُوَ الَّذِی زَوَّجَهَا»، پدری دختر را تزویج کرده است. «هُوَ الَّذِی زَوَّجَهَا قَبْلَ أَنْ تُدْرِکَ»، در حال صغر، این پدر دختر را عقد کرده است. در اینجا می فرمایند که تزویج پدر نافذ است و دیگر اختیاری در کار نیست. «قَالَ یَجُوزُ عَلَیْهَا تَزْوِیجُ الْأَبِ وَ یَجُوزُ عَلَی الْغُلَامِ»، راجع به آن هم همین طور است، «وَ الْمَهْرُ عَلَی الْأَبِ لِلْجَارِیَهِ» (۱) ، و پدر باید مهرش را بدهد. در این روایت مرتب کلمه ی رضا تکرار شده است و هیچ اشاره ای هم به یک فعل خاصی مانند أخذ و امثال آن نشده است. بنابراین، روایت می گوید که اگر راضی شده باشند، همان رضایت کافی است.

۱- الکافی، شیخ کلینی، ج ۵۱۳، ص ۶۵۵.

مرحوم شیخ این روایت را بیان نکرده است، ولی این روایت جزء روایات مسئله است و هم صحیح السند و هم از نظر دلالت خوب است (البته از بعضی جهات).

البته اگر این روایت را مثل معمول علماء مربوط به فضولی بدانیم، شبهاتی بر دلالت آن نسبت به مدعی وارد خواهد بود. یکی از این شبهات عبارت از این است که آیا ما می توانیم از باب نکاح به باب بیع - که مورد بحث ماست - تعدی بکنیم؟

مرحوم شیخ قبلاً در بحث اولویت بیع نسبت به نکاح و تعدی از باب نکاح به بیع اشکال کرده و فرمود که چنین اولویتی در کار نیست. (۱) ما هم در وجود چنین اولویتی را اشکال کرده و گفتیم: شارع مقدس به جهت اهمیت اکثار نسل و گرفتار نشدن مردم به زنا، امر نکاح را خیلی تسهیل کرده است و لذا ما نمی توانیم بالاولیه و الفحوی از باب نکاح به باب بیع تعدی کنیم.

به هر حال این اشکال در دلالت این روایت وجود دارد، ولی اگر هم قرار شد که با فحوی و یا الغاء خصوصیت از باب نکاح به باب بیع تعدی بکنیم، باز این اشکال مطرح خواهد شد که مورد این روایت اخص از مدعی است، زیرا در مورد روایت یک ولی به معنای سرپرست یا به معنای قانون عرفی وجود دارد و لذا نمی توانیم از این روایت الغاء خصوصیت کرده و بگوییم که در فضولی محض هم که هیچگونه سرپرستی و ولایت عرفیه وجود ندارد، نفس الرضا کافی است. بنابراین، چنین دلالتی در این روایت وجود ندارد، ولی به صورت فی الجمله ما می توانیم از باب نکاح به باب بیع تعدی کرده و به این روایت تمسک کنیم.

ص: ۵۹۷

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۳۵۷.

علی ای تقدیر، این اشکال به مرحوم شیخ وارد است که چرا از چنین روایت صحیح السندی غفلت کرده است.

بی فایده بودن اجازه بعد از ردّ ۹۳/۱۲/۰۲

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: بی فایده بودن اجازه بعد از ردّ

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه به تنبیه سوم مرحوم شیخ انصاری راجع به بی فایده بودن اجازه بعد از رد می پردازند. ایشان در بیان ادله ی این مسئله، اجماع و قاعده ی «الناس مسلطون علی اموالهم» را بررسی می نمایند.

تنبیه سوم: بی فایده بودن اجازه بعد از ردّ

«الثالث من شروط الإجازه أن لا یسبقها الردّ. إذ مع الردّ ینفسخ العقد، فلا یبقی ما یلحقه الإجازه و الدلیل علیه بعد ظهور الإجماع، بل التصریح به فی کلام بعض مشایخنا : أنّ الإجازه إنّما تجعل المجیز أحد طرفی العقد، و إلّا لم یکن مکلّفاً بالوفاء بالعقد؛ لما عرفت من أنّ وجوب الوفاء إنّما هو فی حقّ العاقدین أو من قام مقامهما، و قد تقرّر: أنّ من شروط الصیغه أن لا یحصل بین طرفی العقد ما یسقطهما عن صدق العقد الذی هو فی معنی المعاهده. هذا، مع أنّ مقتضی سلطنه الناس علی أموالهم تأثیر الردّ فی قطع علاقه الطرف الآخر عن ملکه، فلا یبقی ما یلحقه الإجازه، فتأمّل» (۱) . سومین تنبیه مرحوم شیخ انصاری در باب اجازه فضولی عبارت از این است که اگر مالک عقد فضولی را رد کرد، اجازه ی بعدی او فایده ای ندارد.

دلیل اول: اجماع

در استدلال برای این مطلب، وجوهی ذکر شده است. آقای خوئی هم راجع به این وجوه مباحثی را مطرح کرده است. (۲) دلیل اولی که بیان شده است، عبارت از اجماع است.

ص: ۵۹۸

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۲۶.
۲- مصباح الفقاهه، سید ابوالقاسم خویی، ج ۴، ص ۲۱۱.

اشکال: آقای خویی اجماع را در این مساله قبول ندارد به جهت این که این اجماع حادث است و متصل به زمان معصوم نیست تا دارای اعتبار باشد. این مسئله از زمان شهید اول مطرح شده است و در یک مسئله ای که چندین قرن بعد از زمان معصوم عنوان شده است، اجماع و اتفاق فایده ای ندارد.

تفاوت مبنای قدماء و متأخرین در اجماع

این مطلب بر اساس مبنای متأخرین است که در اعتبار اجماع، اتصال آن را به زمان معصوم شرط می دانند که با تقریر معصوم

مطلب اثبات می شود، لذا در موارد مستحدث و دوره های بعد از معصوم، اجماع فایده ای ندارد. و این مبنا، مبنای درستی است.

اما در میان قدماء، برخی قائل به قاعده ی لطف بودند که اجماع عصر واحد برای اثبات مطلب کافی است، و طبق این مبنی نمی شود همه اتفاق بر خطا کرده و از ناحیه ی خدا و معصوم ردعی واقع نشده باشد. بنابراین، در این مسئله، تمسک به اجماع بر اساس مبنای قاعده ی لطف درست خواهد بود.

طبق اجماع دخولی، بعضی اشخاص ولی عصر عجل الله تعالی فرجه الشریف را زیارت می کردند و برای اینکه اسمی از ایشان نبرند، کلمه ی اجماع را بکار می بردند، و اعتبار اجماع، به قول معصوم است و در حقیقت، اجماع کنایه از قول معصوم می باشد. طبق این مبنا هم تمسک درست است.

در اجماع مبانی مختلفی وجود دارد، ولی آنچه که قابل اعتماد و استناد است، اتفاق متصل به زمان معصوم می باشد. البته اتفاق واقعی به این معنی که از اول تا آخر همه متفق بر یک چیزی باشند، هیچ وقت مصداق پیدا نمی کند، ولی مراد از اتفاق در اجماع عبارت از این است که اهل حل و عقد و اکثر اصحابی که محشور با ائمه بودند، رأی شان بر چیزی باشد که امام علیه السلام هم آن را تقریر کرده باشد. بنابراین، هر چند در اجماع لطفی مخالفت حتی یک نفر هم مشکل ایجاد می کند، ولی در اجماعی که بر اساس اتفاق اصحاب باشد، اتصال آنها به زمان معصوم و عدم ردّ امام علیه السلام شرط است که چنین اتفاقی هم نسبت به امور مستحدث بی فایده است.

ص: ۵۹۹

اجماع مدرکی

مطلب رایجی که ظاهراً در کلام شیخ انصاری و بین متأخرین وجود دارد، عبارت از این است که اگر مجمعین به یک دلیلی استدلال کرده باشند و ما بتوانیم در آن دلیل مناقشه کنیم، دیگر خود اجماع بماهو اعتباری نخواهد داشت. بنابراین، آن اجماعی به درد می خورد که دلیلی برای آن ذکر نشده باشد و از آن استفاده کنیم که از اول، فتوی از معصوم اخذ شده است.

البته ما در این مطلب مناقشه کردیم که حتی در صورتی هم که دلیلی ذکر شده باشد و آن دلیل هم قابل استناد نباشد، ولی اگر فتوی به زمان معصوم متصل باشد و مورد ردّ واقع نشده باشد، چنین چیزی علامت تصحیح فتوی است، و استدلال به این اجماع صحیح است، هر چند استدلالی که در اجماع ذکر شده، تمام نباشد.

به هر حال، اجماع در این مسئله به جهت مستحدث بودن تمام نیست.

دلیل دوم بر بی فایده بودن اجازه بعد از ردّ

مرحوم آقای خویی در تقریر این دلیل می فرماید: «أنّ العقد ربط التزام بالتزام آخر، و الارتباط إنّما یحصل فیما إذا لم یکن هناک قاطع فی البین»، عقد مانند ایقاع نیست که یک طرفه باشد، بلکه عقد یک قراردادی است که بین دو نفر واقع می شود، ولذا اگر در وسط عقد یکی از طرفین این قرار را رد نماید، دیگر معاهده ای در کار نخواهد بود و طرف دیگر هم منتفی خواهد بود. همان طوری که در ایجاب و قبول هم اگر یکی از متعاقدین ثابت باشد، ولی متعاقد دیگر رفع ید کرده باشد، این قرارداد منعدم می گردد و باید قرارداد جدیدی بسته شود. در اینجا هم وقتی که بر فرض، مشتری عقد را قبول کرده و باقی بر عقد است، ولی مالک بیع را قبول نکرده باشد، ارتباط در عقد فضولی قطع شده و اجازه ی بعدی هم فایده ای نخواهد داشت.

ص: ۶۰۰

کلام آقای خوئی در نقد این دلیل: اگر ارتباط از جانب مشتری یا بایعِ اصیل رد شود، ارتباط قطع خواهد شد، ولی در جانب مالک اینطور نیست، اگر مالک تصریح به عدم قبول کند، مثل این است که از اول أذنی نداده است و شما هم در صورت عدم إذن مالک، نمی گویید که عقد فضولی از شأنیت می افتد و دیگر قابل تصحیح نیست. بنابراین، قبول نکردن مالک، ارتباط را قطع نمی کند و اگر این طور باشد، باید از اصل فضولی را باطل بدانیم، زیرا فضولی از ابتداء بدون إذن واقع شده است. ما از این عبارت ایشان سر در نیاوردیم که می فرماید: «وأمّا إذا کان من طرف المالک فتصریحه بعدم القبول وعدم انتساب العقد إلیه لایقطع الارتباط». ایشان می گوید: تصریح به عدم قبول، بالاتر از خودِ عدم قبول نیست، زیرا تصریح به عدم قبول، کاشف عرفی از عدم قبول و عدم رضایت واقعی است و لازمه ی هر فضولی هم عبارت از این است که مالک، عقد را قبل از اجازه قبول نداشته است و با اجازه می خواهد آن را تصحیح کند. بنابراین، وقتی شخص می گوید: من این عقد را قبول ندارم، مثل همان حالت اولیه است که إذنی نداده و عقد را قبول نداشته است.

اشکال به آقای خوئی: این فرمایش ایشان است، که ما سر در نمی آوریم بحث در این است که چطور عدم قبول را با ابطال مساوی بدانیم؟ یک مرتبه اینطور است که مالک از اول حرفی نزده است؛ نه عقد را امضاء کرده و نه انشاء بطلانی نموده است و هیچ چیزی در کار نیست که این موضوع فضولی است، اما گاهی اوقات، مالک انشاء بطلان کرده و عقد را ابطال می نماید. البته اگر مالک بگوید که من این عقد را هنوز قبول نکرده ام و باید فکر کنم که صلاح من هست یا نه، چنین إخباری، ردّ نیست و لذا مورد بحث ما نخواهد بود، بلکه مورد بحث ما در جایی است که مالک عقد را ردّ کرده و می گوید: من این عقد را قبول ندارم و آن را ابطال می نمایم. بنابراین، فرض مسئله عبارت از این است که مالک انشاء ابطال می کند و بحث ما در این است که آیا با این انشاء ابطلان و ردًّ، عقد باطل می شود یا نه؟ ایشان مسئله را از مصداق ردّ بودن خارج کرده است و چنین چیزی بر خلاف فرض مسئله می باشد. بحث ما در این نیست که کلمه «لا اقبل»، به چه معنایی است؟ آیا این کلمه همان عدم الاذن قبلی است یا نه؟ خلاصه ایشان مطلب را اینطور بیان کرده و کلام مرحوم شیخ را ردّ نموده است. «وأمّا إذا کان من طرف المالک فتصریحه بعدم القبول وعدم انتساب العقد إلیه» عقد تا حال منتسب به ما نبوده است، ولی ممکن است که بعد از این منتسب به ما شود ولذا نمی خواهد انشاء کند و زمینه را از بین ببرد. «لا یقطع الارتباط، لأنّ لفظ (لا أقبل) لیس أزید من عدم الرضا واقعاً، فکما أنّه إذا لم یکن راضیاً بما أصدره الفضولی أوّلًا ثمّ رضی به لا یمنع عدم رضاه الواقعی عن الاتّصال بین الالتزامین، فکذلک الحال فیما إذا صرّح بعدم القبول ثمّ أجازه بالالتماس ونحوه» بعد از اینکه مالک رد کرد، طرف مقابل خیلی التماس وخواهش می کند و مالک هم وقتی التماس زیاد او را می بیند، عقد را قبول می کند و با این ردّ، ارتباط قطع نمی شود «وبالجمله: إنّ عدم الاجازه یوجب عدم انتساب العقد إلیه سواء کان بالتصریح بعدم القبول أو من أجل السکوت، وبالاجازه یسند العقد إلیه، ولا مانع من أن یمنع عن الانتساب إلیه أوّلًا ثمّ یقبله وینسبه إلی نفسه بالاجازه ثانیاً، کما أنّ الأمر کذلک فی الایجاب والقبول فإنّه إذا لم یقبل الایجاب أوّلًا ثمّ قبله بعد ذلک، لا یوجب ذلک الانقطاع بینهما أبداً، فالحکم فی المقیس علیه لا نسلّمه فکیف فی المقیس». [(۱)] چون گفته شد که در ایجاب و قبول، با ردّ یکی از طرفین، ارتباط قطع می شود، ایشان نسبت به ایجاب و قبول هم می گوید که ما در ایجاب و قبول هم قطع ارتباط را قبول نداریم. «مضافاً إلی أنّ القیاس فی غیر محلّه، لأنّ العقد فی الفضولی قد تمّ سابقاً والاجازه إنّما هی لأجل الانتساب فالردّ إنّما یقع بعد العقد، وأمّا فی الایجاب والقبول فالردّ إنّما هو قبل القبول». عقد فضولی به هم مرتبط است، ولی در عقد مالک، اگر ردّی واقع شود، دیگر این عقد به هم نمی چسبد.

۱- التنقیح فی شرح المکاسب، سید ابوالقاسم خویی و شیخ میرزا علی غروی، ج ۱، ص ۴۹۴.

بررسی بنای عقلاء در مسئله

خلاصه، این اشکال ایشان تمام نیست و عمده ی بحث عبارت از این است که طبق بنای عقلاء، آیا با ردّ مالک، واقعاً ارتباط قطع می شود یا نه؟ به عبارت دیگر، اگر مالک انشاء بطلان کرده و عقد را ردّ کرده باشد و بعداً به جهت خواهش و التماس طرف مقابل آن را بپذیرد، آیا این امضاء، کلا امضاء است و باید عقد از اول شروع بشود، یا نه، این ردّ موجب قطع ارتباط نمی شود؟ به نظر می رسد که طبق بنای عقلاء، اگر فاصله ی بین رد و اجازه زیاد نباشد، این اجازه کالعدم حساب نمی شود. البته اگر فاصله ی زمانی زیاد باشد، ممکن است قدری جای تأمل باشد.

دلیل سوم: قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم»

مرحوم آقای خوئی: اقتضاء «الناس مسلطون علی اموالهم» عبارت از این است که شخص نسبت به عقد سلبی قضیه هم تسلط داشته باشد و بتواند تصرف دیگران نسبت به اموال خودش را ابطال بکند و این یکی از موارد سلطنت شخص است.

عقد فضولی، کلاعقد نیست و اینطور نیست که هیچ چیزی در عالم واقع نشده باشد، بلکه یک طرف عقد اصیل و طرف دیگرش فضولی است و این عقد عدم محض نیست، بلکه یک حالت برزخی بین وجود و عدم محض می باشد و بعد از عقد بایع فضولی، شأنیت نقل و انتقال حاصل می شود، منتهی با اجازه ی مالک فعلیت پیدا می کند. بنابراین، اگر عقد نبود، چنین شأنیتی هم در کار نبود و اجازه ی بعدی هم این شأنیت را به مرحله ی فعلیت می رساند. بنابراین، مالک طبق مقتضای قاعده ی سلطنت، این حق را دارد که راجع به ملک خودش هر نوعی تصرفی داشته باشد و حتی می تواند آن را از بین ببرد یا شأنیت سابق را با ردّ، ابطال نماید و لذا با چنین ردّی صلاحیت و شأنیت منعدم می شود.

ص: ۶۰۲

اشکال صغروی و کبروی به این استدلال

مرحوم آقای خوئی: در این استدلال یک صغری داریم و یک کبری. بحث کبروی عبارت از این است که آیا مالک یک چنین حق و سلطنت کلی دارد یا نه؟ بحث صغروی هم عبارت از این است که آیا به وسیله ی عقد فضولی یک چیزی به نام شأنیت حاصل شده است که مالک بخواهد با قاعده ی «الناس مسلطون» آن را ابطال کند؟

ایشان ابتداء در بحث کبروی وارد شده و این اشکال را وارد می کند که مدرک قاعده ی «الناس مسلطون» ضعیف است، زیرا این روایت فقط در عوالی اللئالی (۱) و شهاب الاخبار وارد شده است. شهاب الاخبار مجموعه ای از روایات نبوی است که توسط محقق کرکی جمع آوری شده است. حال اگر ما از ضعف سند این روایت به جهت تمسک اصحاب صرف نظر کنیم، بحث در دلالت و مفاد آن باقی خواهد بود.

ایشان می گوید: معنای «الناس مسلطون» عبارت از این است که مالک نسبت به مال خودش مانند مُفلّس و صغیر و مجنون، محجور نیست. در این موارد هر چند مالک اند، ولی حق تصرف در ملک خودشان را ندارند. بنابراین، الناس مسلطون» در مقام رفع محجوریت مالک است و می خواهد بگوید که چنین محجوریتی برای مالک نیست. قهراً ما با این قاعده نمی توانیم این اصل کلی را اثبات کنیم که مالک می تواند هر تصرفی در مال خودش داشته باشد.

اصل این مطلب را مرحوم آخوند در حاشیه مکاسب در باب معاطاه بیان کرده است. (۲) ایشان در آنجا می گوید: «الناس مسلطون» در مقام رفع محجوریت است و لذا نمی شود به آن تمسک کرد.

۱- عوالی اللئالی، ابن ابی جمهور احسائی، ج ۱، ص ۲۲۲.
۲- حاشیه المکاسب، آخوند خراسانی، ص ۶۷.

انصاف قضیه عبارت از این است که این ادعاء ناتمام است و اینطور نیست که «الناس مسلطون» در مقابل عدم و سلب مطلق قرار گرفته و بگوید: شخص مالک یک جواز تصرف فی الجمله ای در مال خودش دارد، ولو اینکه مالک نسبت به اکثر تصرفات ممنوع باشد. قطعاً این طور نیست. آنچه که ما از «الناس مسلطون» می فهمیم، عبارت از یک معنایی است که هر چند در اینجا قابل استفاده نیست، ولی به معنای رفع محجوریت هم نیست. «الناس مسلطون» می گوید: مالک در تصرفاتی که جواز ذاتی دارند، حق استفاده از ملکش را دارد، ولی در مواردی که ذاتاً جایز نیست، چنین حقی ندارد و لذا در اینگونه موارد، تخصیص ادله پیش نمی آید، بلکه تخصصاً خارج می باشند. مثلاً قتل نفس حرام است و مالک نمی تواند به تمسک به «الناس مسلطون علی اموالهم»، عبد خودش را بُکُشد. یا لواط حرام است و مالک نمی تواند با تمسک به این قاعده، نسبت به عبد خودش این کار را بکند و امثال این موارد مانند پوشیدن حریر برای مردان و...

«الناس مسلطون» ناظر به مواردی که ممنوعیت ذاتی دارند، نیست و لذا اگر ما در ممنوعیت ذاتی یک چیزی شک کنیم، نمی توانیم به «الناس مسلطون» تمسک کنیم. در ما نحن فیه هم ما می خواهیم ببینیم که حقوق مالک از اول چقدر است. آیا مالک یک چنین حقی دارد که حتی در دهان غیر فضولی (اصیل) زده و بگوید: عقد تو بی ربط است، و سلب قابلیت نسبت به عقد او هم بکند؟ اصل صلاحیت این قاعده برای این کار، برای ما روشن نیست و لذا نمی توان چنین چیزی را از«الناس مسلطون» استفاده کرد. البته استفاده ی رفع محجوریت مالک با این قاعده هم به دور از انصاف است، زیرا دلالت این قاعده فوق محجوریت است.

حکم اجازه بعد از ردّ در عقد فضولی ۹۳/۱۲/۰۳

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: حکم اجازه بعد از ردّ در عقد فضولی

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه، ابتداء استدلال به «الناس مسلطون..» برای اثبات سلطنت مطلقه را مورد بررسی قرار می دهند و سپس به اشکال صغروی در استدلال به این روایت برای عدم تأثیر اجازه بعد از ردّ می پردازند. ایشان سپس استدلال برخی به روایت محمد بن قیس در مؤثر بودن اجازه بعد از ردّ را ذکر نموده و رد شیخ نسبت به این استدلال را بیان می فرمایند.

تمسک به «الناس مسلطون..» برای اثبات سلطنت مطلقه

مرحوم آخوند و آقای خوئی نسبت به تمسک به قاعده ی «الناس مسلطون..» برای اثبات سلطنت مطلقه، اینطور اشکال کردند که این قاعده چنین قدرتی ندارد که سلطنت مطلقه را برای شخص اثبات کند و این جمله فقط در مقابل محجوریت است. ما عرض کردیم که تفاهم عرفی از این جمله معنای مقابل محجوریت نیست و اینطور نیست که طبق این قاعده، شخص فی الجمله تمکن از تصرف در مالش داشته باشد. البته بنده خیال می کنم که نظر این آقایان هم مانند نظر ما باشد. ما در این قاعده تا حدودی قائل به توسعه بودیم، ولی در یک حدودی هم آن را مضیق می دانستیم. این آقایان هم معنای این جمله را به صورت موجبه ی جزئیه در مقابل سالبه ی کلیه نمی خواهند بگویند.

این جمله در مقام بیان این مطلب است که وقتی یک امری ذاتاً مُجاز بود، شخص مالك می تواند هر استفاده ی مشروعی در ملک خودش داشته باشد، ولی اگر در مشروعیت یک چیزی شک کردیم، نمی توان به «الناس مسلطون» تمسک کرد. بنابراین، متفاهم عرفی از «الناس مسلطون» اختیار مطلق نیست و عرف چنین توسعه ای را از آن نمی فهمد، ولی اگر مشروعیت کاری ثابت شد، تصرفات در آن جایز خواهد بود. و لذا در صورت شک نسبت به مشروعیت یک کاری، شبهه ی مصداقیه عام خواهد بود که در نتیجه این قاعده قابل تمسک نخواهد بود. این عرض ما بود و ظاهراً مرحوم آخوند و آقای خوئی هم همین مطلب را می خواهند بفرمایند. البته این تعبیر در کلمات آقایان نیست، ولی مثلاً در روایات این تعبیر وارد شده است که «أَنْتَ وَ مَالُكَ لِأَبِيكَ»، که در مقام بیان این مطلب است که شخص برای تصرف در اموال خودش نیاز به اجازه گرفتن از سرپرست های عرفی ندارد و هر چیزی که از ناحیه ی خدا ممنوع نشد، انجام آن اشکال ندارد. بنابراین، شخص برای تصرف در مال خودش محدودیتی در مقابل سایر مخلوقات ندارد و نیازی نیست که از پدر یا حاکم یا دیگران اجازه بگیرد. و نتیجه اش هم همان اجازه ی مطلق در حدّ مشروعیت خواهد بود.

ص: ۶۰۵

حال اگر در این مطلب شک داشته باشیم که آیا شخص این قدر قدرت دارد که با جمله ی «رددت» اختیار خودش را سلب کند یا نه، در اینجا باید این مطلب از ناحیه ی الهی تعیین شود و مربوط به مردم نیست. التبه ممکن است که با بنای عقلاء

حکم الهی را کشف کنیم.

این مطلب روشن است که سلطه ی فی الجمله بر ازاله، عقلائی است و شرعاً چنین چیزی ثابت است. گاهی شخص چیزی را به دیگری می فروشد بدون اینکه در معامله خیاری قرار داده باشد که قهراً در این صورت از خودش ازاله ی سلطه کرده است. این مقدار از جهت عرفی و عقلائی ثابت است. ولی باید ببینیم که آیا با انشائی که به وسیله ی «رددتک کذا» انجام شده است، اختیار سلب شده که اگر خواست بعدا اجازه دهد، نشود و باطل باشد. در این مسئله باید ببینیم که از جهت عقلائی و شرعی چه چیزی اثبات می شود.

مقتضای قاعده ی سلطنت بما هو اثبات چنین ازاله ای نیست و مرحوم شیخ هم در باب معاطاه یک جمله ای دارد که تقریباً شبیه به همین مسئله است. ایشان می فرمایند: هرچند طبق «الناس مسلطون باموالهم» مردم مسلط بر اموالشان هستند، ولی آیا شخص می تواند به وسیله ی معاطاه از خودش سلب مالکیت کرده و دیگری را مالك کند یا نه؟ ایشان می گوید: جمله ی «الناس مسلطون» چنین قدرتی ندارد.

به نظر می رسد که فرمایش آقای خوئی، مرحوم آخوند و مرحوم شیخ به یک جا برگشت کند، هر چند که نظر این بزرگواران در مقابل هم ذکر شده است. منتهی باید دید بنای عقلاء بر چه چیزی است.

ص: ۶۰۶

اگر شخص در مقام ردّ فضولی بگوید: من این عقد را قبول ندارم، ولی بعد از کمی صحبت، راضی به عقد شده و بگوید: اشکالی ندارد و عقد را امضاء کند، در این صورت، عقلاء این اجازه را کافی می دانند و شرع هم چنین چیزی را ردّ نکرده است. ولی اگر شخص عقد را ردّ کند و بعد از چند سال پشیمان شده و بخواهد عقد را امضاء کند، عقلاء چنین چیزی را صحیح نمی دانند.

اشکال صغروی در استدلال به «الناس مسلطون...»

بحث دیگر، اشکال صغروی است که آیا اصلًا در عقد فضولی شأنیتی نسبت به نقل و انتقال مبیع حاصل می شود تا مالک با «رددت» بخواهد آن را ابطال کند یا نه؟ کبرای مسئله هم عبارت از این است که بگوییم: آیا قاعده ی «الناس مسلطون» چنین حقی را به مالک می دهد که این شأنیت را از بین ببرد یا نه؟

ایشان در بحث صغروی مسئله، این نقض را بیان می کنند که خود قاعده ی «الناس مسلطون» در مقابل این شأنیت قرار گرفته است و اگر این قاعده را صحیح بدانیم، باید هیچ گونه تصرف و اختیاری برای دیگران نسبت به اموال اشخاص وجود نداشته باشد. شأنیت در حقیقت یک نحوه اختیار داری است و جمله ی «الناس مسلطون» می گوید که دیگران نسبت به اموال اشخاص هیچ کاره هستند. بنابراین، جمله ی «الناس مسلطون» جلوی چنین شأنیتی را در عقد فضولی می گیرد و قهراً باید بگوییم که فضولی باطل است. ایشان این نقض را وارد می کند که شما می گویید: طبق جمله ی «الناس مسلطون» دیگران نسبت به اموال شخص هیچ کاره اند، پس بنابراین باید عقد فضولی را باطل بدانیم و نیازی نیست که با «رددت» این شأنیت را ابطال کنیم. بعد هم خود ایشان می فرمایند که حل مسئله عبارت از این است که شأنیتی که مربوط به اعمال عباد باشد، در کار نیست و شأنیت مربوط به خداوند است که با «أحل الله البیع» به این بعت و اشتریت شأنیت داده است. بنابراین ایشان می فرمایند که صغرویاً شأنیتی حاصل نشده است تا ما به وسیله «الناس مسلطون» بخواهیم آن را از بین ببریم.

این فرمایش ایشان برای ما قابل فهم نیست. چون فرض کنیم که مفاد «الناس مسلطون» این است که اشخاص دیگر به هیچ نحوی نمی توانند در ملک دیگری نقشی داشته باشند که ظاهرش بطلان فضولی خواهد بود، ولی ما از ادله ی خاصه یا جهات دیگر صحت فضولی را اثبات کرده ایم و از صحت فضولی معلوم می شود که نسبت به این مقدار نقش در اموال دیگران، تخصیص واقع شده است. بنابراین با توجه به وجود روایات خاصه در صحت فضولی، این نقض ایشان وارد نخواهد بود و مطلب این گونه نبوده است که قابل تخصیص نباشد.

اما راجع به اینکه ایشان می فرمایند: شأنیت مربوط به خداست، باید گفت درست است که قانون شأنیت می آورد، ولی شأنیت ذی مراتب است و با تدرج به فعلیت می رسد. قانون به صورت کلی گذاشته شده است، ولی گفتن «بعت» و «اشتریت» با نگفتنش فرق دارد و کسی که این کلمات را نگفته باشد، از فعلیت دورتر است. یا با گفتن مشتری اصیل، عقد کمی به فعلیت نزدیک تر می شود، هر چند هنوز از شأنیت خارج نشده است و باید اجازه بیاید تا فعلی شود. خلاصه اینکه قانون تدرج دارد و اینطور نیست که بگوییم: چون خدا با «أحل الله البیع» یک قانونی گذرانده است، پس عباد در اجرای قانون دخالتی ندارند.

بنابراین، اگر کبری را قبول کردیم، می توان از «الناس مسلطون» استفاده کرد که شخص می تواند بعضی چیزها را از خودش سلب اختیار کند و اگر بپذیریم که «الناس مسلطون» یک چنین قدرتی دارد، دیگر انکار صغری درست نیست. و خلاصه این فرمایش ایشان برای ما قابل فهم نیست. و محصل عرائض ما این است که اگر ردّ خیلی طول نکشیده و مستحکم نشده باشد، موجب ابطال نیست و عقد با اجازه ی بعدی تصحیح می گردد.

ص: ۶۰۸

استدلال به روایت محمد بن قیس

بعضـی برای مفیـد بودن اجازه بعـد از ردّ به روایت محمـد بن قیس اسـتدلال کرده اند، که پسـر کنیز پدر را فروخته بود و پدر حاضـر نبود که این عقـد را قبول کند، ولی بعد از مقدماتی حاضـر به قبول شد. آقایان هم گفته اند که ردّ گاهی قولی است و گـاهی فعلی و در این روایت بـا اینکه ردّ فعلی واقع شـده است، ولی بـا اجـازه ی بعـدی، عقـد مقبول واقع شـده است. در باب خیارات هم به کفایت ردّ فعلی قائل شده اند.

رد استدلال توسط مرحوم شیخ

مرحوم شـیخ می فرماید که این روایت منافاتی با آنچه ما گفتیم، ندارد، زیرا گاهی ردّ با فعلی واقع می شود که از اختصاصات مالک است مثل اینکه مالک مورد عقد فضولی را بفروشد یا با کنیز مورد فضولی مباشـرت کند. در این گونه موارد، کأن عرفاً انشـاء ردّ از جانب مالک واقع گردیـده است. پس گاهی ردّ فعلی در این حـدّ است، ولی گاهی ردّ به این حـدّ نمی رسـد مثل اینکه مالک مبیع را از دست مشتری بگیرد یا حاضـر به گرفتن ثمن نشود. ایشان می فرماید که این گونه ردّها در حدّی نیسـت که جلوی اجازه را بگیرد. خلاصه ردّ یا باید با انشاء قولی باشد، یا با فعلی که از مختصات مالک است و در حدّ انشا می باشد، و در غیر این صورت، موجب ابطال عقد و عدم تأثیر اجازه ی بعدی نخواهد بود. لذا مرحوم شـیخ این طور جواب می دهد که اگر ما این توجیه را قبول کردیم که فبها المراد، ولی اگر این توجیه را نپـذیرفتیم، بایـد روایت را کنار بگذاریم (۱) ، زیرا اصل صحت فضولی با اجازه فی الجمله با روایات و قواعد و شـهرت و امثال آن ثابت شده است. بنابراین، مختار شـیخ عبارت از این است که ردّ مبطل است، ولی آنچه که در این روایت وجود دارد، صغرویاً ردّ حساب نمی شود. آقای خوئی هم در اینجا بحث فی الجمله ای دارد که به نظر می رسد آن هم تمام نباشد.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۲۷.

اجازه جزء حقوق است یا احکام – مصحح بودن اجازه در قبض و اقباض ۹۳/۱۲/۰۴

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: اجازه جزء حقوق است یا احکام – مصحح بودن اجازه در قبض و اقباض

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه به تنبیه چهارم راجع به اینکه اجازه از احکام شرعی است یا از حقوق، پرداخته و ثمراتی که برخی از آقایان بر این اختلاف مترتب نموده اند را متذکر شده و ردّ می نمایند. بحث بعدی ایشان در تنبیه پنجم راجع به این است که آیا اجازه ی مالك نسبت به قبض فضولی، حکم قبض خود مالك را دارد و موجب سقوط ضمان می شود یا نه؟

تنبیه چهارم: اجازه از احکام شرعی است یا از حقوق؟

«الرابع الإجازه أثر من آثار سلطنه المالک علی ماله فموضوعها المالک...» (۱) تنبیه چهارم عبارت از این است که مصححیت اجازه از احکام شرعی است نه از حقوق. لذا به ورثه منتقل نمی شود. البته با توجه به اینکه اموال مورث به ورثه منتقل می شود، به تبع اموال، حق اجازه دادن هم برای شخص حاصل می شود و ورثه می توانند به تبع ملك، نسبت به عقد فضولی واقع شده اجازه بدهند.

ثمرات بحث در کلام مرحوم آقای خویی

وقتی اموال به ورثه منتقل می شود و به تبع آن حق اجازه هم به آنها انتقال پیدا می کند، چه ثمره ای بین این دو نظریه وجود دارد؟ آقای خوئی می فرمایند که در اینجا دو ثمره وجود دارد:

ثمره اول: زن از تمامی حقوق و اموال میت غیر از اراضی و عقار ارث می برد، اگر اجازه یکی از حقوق باشد، در عقد فضولی نسبت به اراضی و عقار، هر چند زن از خود اراضی و عقار ارث نمی برد ولی از حق اجازه ارث می برد و می تواند عقد فضولی (نسبت به اراضی) را با اجازه تصحیح کند، زیرا این حق جزء مستثنیات ارث او نیست.

ص: ۶۱۰

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۲۷.

ولی اگر اجازه را از حقوق ندانیم، بلکه آن را احکام شرعی و تابع ملك دانسته و بگوییم که مستقیماً ارث برده نمی شود، در صورتی که عقد فضولی نسبت به اراضی و عقار واقع شده باشد، زن حقی نسبت به اجازه نخواهد داشت، زیرا اجازه تابع ملک است و زن هم چیزی از اراضی و عقار ارث نمی برد.

ثمره دوم: در باب حقوقی که متعلق به چند نفر است، نسبت به إعمال حق، سه احتمال وجود دارد که دو احتمالش قابل

اعتناست، ولی احتمال سوم فقط در عالم تصور است و طبق فرمایش ایشان، قائلی هم ندارد.

احتمال اول: هر کدام از اینها اعمال حق یا اسقاط حق کند، این حق نسبت به دیگران ساقط می گردد. طبق این نظریه، کأنّ یک حقی به طور کلی ثابت است و با اعمال یا اسقاط یکی از این افراد، این کلی محقق شده و اعمال یا اسقاط می گردد.

احتمال دوم: در إعمال یا اسقاط، همه باید توافق کنند و یک نفر تنها کفایت نمی کند.

احتمال سوم: فقط در عالم تصور وجود دارد و کسی قائل به آن نیست، عبارت از این است که هر کدام از وراث به مقدار سهم شان ذی حق باشند. طبق این احتمال، هر کدام از ورثه مستقل و مؤثر می باشد. مثلاً اگر کسی مالک نصف ترکه بود، نسبت به نصف مال حق دارد و اگر کس مالک ثلث بود، به همان مقدار حق دارد و خلاصه اینکه حق به تناسب سهم شخص از ترکه می باشد. ایشان می فرماید کسی قائل به این نظر نشده و این احتمال، ضعیف است. البته این در باب حقوق است، ولی در باب اموال اینطور نیست و همین احتمال که در باب حقوق کسی قائل به آن نیست و احتمال ضعیفی است، در باب اموال متعین است. بنابراین، اگر اجازه جزء احکام باشد، با توجه به اینکه اجازه به تبع ملک است، هر کس به مقدار ارثی که می برد، حق اجازه دارد و مثلاً اگر کسی مالک ربع ترکه است، نسبت به همان مقدار حق اجازه دارد. در این صورت هر کدام از ورثه می تواند حق خود را اسقاط یا إعمال کند و اسقاط و اعمال هر کدام موجب از بین رفتن حق دیگری نمی شود.

فرق بین حق و حکم

مرحوم سید در بیان فرق بین حق و حکم می فرماید که یک فرق بارز، این است که حق قابل اسقاط است، ولی حکم مربوط به قانون شرع است و ارتباطی به عباد ندارد و لذا قابل اسقاط از ناحیه ی آنها نیست.

تعارض در کلام مرحوم شیخ

مرحوم شیخ در اینجا می فرماید که اجازه جزء حقوق نیست، بلکه از احکام الهی است و ارتباطی به عباد ندارد تا قابل اسقاط باشد، ولی ایشان در بحث قبلی فرمودند که شخص می تواند حق اجازه را اسقاط کند که دیگر حق اجازه نداشته باشد. حال سؤال این است که چطور باید بین این دو نظر ایشان جمع کرد؟ ایشان در این بحث می فرمایند که اجازه جزء حقوق نیست، ولی قبلاً فرمودند که اگر حق اجازه را از خود ساقط کرده باشد، دیگر گفتن «اجزت» فایده ندارد.

جواب از تعارض

فرق بین حقوق و احکام این است که در باب احکام، شخص نمی تواند مستقیماً حکم را اسقاط و ابطال کرده و بگوید: من این حکم را اسقاط کردم، ولی در صورتی که تحت موضوع یک حکم شرعی قرار بگیرد که شارع مقدس آن را اسقاط می کند، اشکالی در اسقاط حکم نخواهد بود، مثل اینکه خوردن پنیر حرام نیست، بلکه مکروه و جائز الوجهین است، ولی ممکن است که شخص نذر کند که پنیر نخورد و با این نذر جوازی که موضوع حکم شرعی است را از بین ببرد. بنابراین، جوازِ خوردن پنیر، جزء احکام است و بدون اینکه شخص نذر بر نخوردن آن کند، نمی تواند این حکم را اسقاط کند. حال مرحوم شیخ می فرمایند که اگر شخص، اول بگوید که من این بیع را قبول ندارم و راضی به آن نیستم، ولی بعد اجازه دهد، این اجازه فایده ندارد، اما در صورتی که از اول بگوید: من حق اجازه را از خودم گرفتم، این حق اسقاط نمی شود، زیرا حق اجازه را شارع داده است که تا شخص مالک است، بتواند اجازه دهد یا اسقاط کند. بنابراین، از این ناحیه اشکالی وجود ندارد.

ص: ۶۱۲

مناقشه در کلام مرحوم آقای خویی

مناقشه در ثمره دوم: راجع به ثمره ی دوم (سه احتمال در باب حقوق) باید عرض کنیم که در مسئله ی اجازه، چه از باب حقوق و چه از باب احکام، باید قائل به نظریه ی سوم شد، زیرا معنی ندارد که عقدی نسبت به ملک ورثه واقع شده باشد و با اجازه یا اسقاط یک نفر حق دیگران ساقط شود. البته اگر برای مالک بما أنه مالک، یک حقی مستقلاً از جانب شارع جعل شده باشد که مربوط به حق مالکیت نباشد، مثل حق الرهانه و امثال آن،این حق با ارث به ورثه منتقل شود، در این صورت آن دو نظریه ای که در باب حقوق بود، مطرح خواهد بود که آیا با اسقاط یک نفر، ساقط می شود، یا باید همه نظر دهند؟ اما در حقی که به تبع مالکیت به ورثه انتقال پیدا می کند، وارث هم مانند مورث خواهد بود و اجازه و ردّ هر کدام از ورثه مربوط به خودشان است و ارتباطی به سایر ورثه ندارد. بنابراین این مطلب هم جای تأمل خواهد داشت که زن نسبت به چیزی که ارث نمی برد، حق اجازه داشته باشد و قهراً ورثه ای که مالک اند، حق دارند، ولی وارثی که اصلاً مالکیتی ندارد، حقی هم نسبت به اجازه یا رد ندارد. و بنابراین، به احتمال زیاد ثمره ی اول هم درست نباشد.

تنبیه پنجم: مصحح بودن اجازه نسبت به قبض و اقباض

«الخامس إجازه البیع لیست إجازه لقبض الثمن، و لا لإقباض المبیع و لو أجازهما صریحاً أو فهم إجازتهما من إجازه البیع مضت الإجازه...». (۱) تنبیه پنجم این است که اجازه ی در معامله فضولی -که مصحح عقد است- آیا مصحح جواز قبض و اقباض هم هست یا نه؟ با تحقق اجازه، ملکیت برای طرفین حاصل می شود، ولی بحث در این است که آیا جواز قبض هم استفاده می شود یا نه؟ اجازه به قبض به این معنی است که کأنّ مالک بگوید: برو و ثمن را بگیر، یا اجازه دادم مبیع را تسلیم مشتری کنی؟

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۲۸.

اینها می گویند که ملازمه یا بین اجازه و تسلیم و تسلم وجود ندارد و لذا ممکن است که نظر شخص بر این باشد که الان عقد تصحیح شده و ملکیت حاصل شود، ولی قصدی راجع به قبض ثمن نداشته باشد، مثل اینکه شخص خوف از تلف ثمن داشته باشد. یا حتی ممکن است که شخص بعد از اینکه عقد را با اجازه تصحیح کرد، بر اساس یک جهاتی، قصد اقباض نداشته باشد. بنابراین، لازمه ی اجازه دادن به عقد، عبارت از اجازه در قبض و اقباض نیست. البته اگر شخص به این مطلب تصریح کند که من هم نسبت به عقد و هم نسبت به قبض و اقباض، اجازه دادم، و یا اینکه قرینه ای در کار باشد که نظر مالک فقط به تصحیح عقد نیست، بلکه نسبت به تصحیح قبض و اقباض هم نظر دارد در این صورت آثار قبض و اقباض بار می شود. بعد هم ایشان مثال به باب صرف و سلم می زنند که ملکیت قبل از قبض و اقباض حاصل نمی شود و قهراً اگر شخص بگوید که من نسبت به این معامله اجازه دادم، با توجه به اینکه نقل و انتقال بدون قبض حاصل نمی شود، از دلالت اقتضاء استفاده می شود که موافقت شخص با عقد، به معنای موافقت او با قبض و اقباض است. پس در فرضی هم که بالصراحه یا بالقرینه معلوم شد که اجازه نسبت به قبض و اقباض وجود دارد، آثار قبض و اقباض بر آن بار می شود.

یکی از چیزهایی که در بحث معاوضات ثابت است، عبارت از این است که اگر کسی بیعی کرد و شرعاً هم نقل و انتقال واقع شد، ولی قبل از رسیدن مبیع یا ثمن به طرفین، تلف واقع شد، این تلف از کیسه ی مالک اول خارج می شود و با اینکه عقد واقع شده و ملکیت هم حاصل گردیده است، ولی این مالکیت منفسخ شده و مبیع یا ثمن تلف شده از کیسه ی مالک اولی خارج می گردد. بنابراین، چیزی که فروخته شده، ولی هنوز تحویل مشتری نشده است، یا ثمنی که به بایع تحویل داده نشده است، اگر تلف شوند، هر چند ملکیت برای طرفین حاصل شده باشد، ولی این تلف از کیسه ی مالک اولی خارج می گردد.

ص: ۶۱۴

ایشـان می فرماینـد: گـاهی اوقات انسان مبیع یا ثمن را به دست خود مالک ثانوی می دهـد که در این صورت، اگر تلفی واقع شود، تلف بعـد القبض بوده و از کیسه ی مالـک جدیـد خـارج خواهـد شـد، ولی در اینجـا مـبیع یـا ثمن به دست خود مـالک نرسـیده است، ولی مالـک مجیز اجـازه داده است که فضولی آن را بگیرد. اگر فضولی وکیـل از جانب مالک باشـد، گرفتن او مانند گرفتن موکلش خواهد بود، ولی در اینجا وکالتی در کار نیست و اینطور نیست که عمل فضولی، عمل مالک باشد، بلکه صرفاً اجازه داده است که فضولی مبیع را بگیرد. حال بایـد دید حکم مسئله چیست. آیا قبض فضولی با اجازه ی مالک، حکم گرفتن خود مالـک را دارد که ضـمان ساقـط شود یا نه، اینطور نیست و گرفتن فضولی حکم قبض مالک را نـدارد و اگر تلفی حاصل شد، تلف بعد القبض نخواهد بود؟

نقش اجازه در قبض و اقباض ۹۳/۱۲/۰۵

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: نقش اجازه در قبض و اقباض

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه به نقش اجازه در قبض و اقباض می پردازند و در ادامه برخی مواردی را که صریحاً یا با قرینه به اجازه ی قبض هم اشاره شده باشد، را مورد بررسی قرار می دهند. بحث بعدی این است که آیا ضمان جزء حقوق است که قابل اسقاط باشد یا جزء احکام؟ و در آخر جلسه به بحث مرحوم شیخ راجع به تشخص ثمن کلی و سقوط آن از ذمه ی طرف با قبض فضولی و اجازه ی مالک می پردازند.

ص: ۶۱۵

تنبیه پنجم : نقش اجازه در قبض و اقباض

«الخامس إجازه البیع لیست إجازه لقبض الثمن، و لا لإقباض المبیع و لو أجازهما صریحاً أو فهم إجازتهما من إجازه البیع مضت الإجازه؛ لأنّ مرجع إجازه القبض إلی إسقاط ضمان الثمن عن عهده المشتری، و مرجع إجازه الإقباض إلی حصول المبیع فی ید المشتری برضا البائع، فیترتّب علیه جمیع الآثار المترتّبه علی قبض المبیع». (۱)

بحث در این بود که آیـا اجـازه ی مالک مجیز در فضولی -که موجب نقل و انتقال بین طرفین می شود- اجازه ی قبض ثمن و مثمن هم هست یا اینکه این اجازه هیچ ارتباطی به قبض العوضین ندارد؟

از کلمـات برخی از فقهـاء ماننـد مطلبی که مُختلف از شـیخ نقل کرده است، اسـتفاده می شود که همین اجازه ا ی که مصـحح عقـد است، اجـازه ی قبض ثمن و اقبـاض مثمن هم می باشـد. البته نظریه شـیخ عبارت از این است که اجازه ی عقـد، ملازم با اجازه ی قبض الثمن، یا اقباض المبیع نیست، منتهی گاهی از برخی از قرائن اسـتفاده می شود که اجازه ی عقـد، اجازه ی قبض ثمن و اقبـاض مثمن هم هست که ایشان برای وجود چنین قرائنی به باب صـرف و سـلم مثال می زننـد. در باب صـرف و سـلم، قبض شـرط نقل و انتقال است و بـدون قبض نقل و انتقالی واقع نمی شود و لذا اگر مالک نسـبت به عقد اجازه داد، با توجه به

اینکه اجازه برای تصحیح عقد است و شخص نمی خواهد کار لغو انجام بدهد و از طرف دیگر صحت هم متوقف بر قبض است، قهراً اجازه به عقد، اجازه به لوازم آن هم هست و همین مطلب قرینه بر این است که قبض هم مورد اجازه قرار گرفته است. بنابراین، در باب صرف و سلم چنین قرینه ای وجود دارد، ولی در غیر صرف و سلم -که نقل و انتقال به نفس انشاء حاصل می شود و نیازی به قبض و اقباض نیست- با اجازه ی مالک به اصل عقد و عدم اجازه به قبض، لغویتی پیش نمی آید و مسئله ی قبض و اقباض نیاز به اجازه ی جدیدی دارد تا جایز شود. این فرمایش شیخ بود.

ص: ۶۱۶

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۲۸.

ترتیب آثار قبض در صورت اجازه ی مالک به آن

بحث دیگر در این است که اگر صریحاً یا با قرینه مشخص شد که مالک نسبت به قبض و اقباض هم اجازه داده است، آیا در این صورت، تمام آثار قبض و اقباض را باید مترتب کرد یا نه؟ و فضولی آمد اقباض کرد، مبیع را به طرف داد، ثمن را قبض کرد برای مالک با اجازه مالک. آیا همه آن آثار شرعی با قبض و اقباض باید مترتب شود یا نه؟

اجازه نسبت به مساله قبض ثمن

مرحوم شیخ راجع به مسئله قبض می فرماید: اگر مالک صریحاً اجازه داد که فضولی ثمن را قبض کند، این اجازه مفید اثر است و باید نسبت به آثار قبض ترتیب اثر داده شود. خصوصیت قبض عبارت از این است که اگر با عقد، ثمن یا مثمن به طرفین منتقل شود، ولی قبض و اقباضی بین طرفین واقع نشده باشد، در صورت تلف شدن هر کدام از عوضین، مال تلف شده از کیسه ی مالک اول خارج خواهد شد، ولی اگر قبض و اقباضی واقع شده باشد، در صورت تلف، مالک اول ضمانی ندارد و مال تلف شده از کیسه ی مالک جدید خارج می گردد.

مسئله ی مورد بحث ما عبارت از این است که ثمن به دست مالک آن نرسیده است، بلکه به دست کسی رسیده است که مالک به او اجازه ی قبض داده است. مرحوم شیخ راجع به این مسئله می فرماید که اگر شخص فضولی با اجازه ی مالک ثمن را قبض کرده باشد و در دست او تلف شود، از کیسه ی مالک دوم خارج شده است و دیگر مالک اول ضمانی نسبت به این ثمن ندارد و قبض فضولی به منزله ی قبض خود مالک می باشد ولو به دست خود مالک نرسیده است.

توضیح عبارت مرحوم شیخ

مرحوم شیخ در اینجا تعبیری دارد که دو گونه می شود آن را معنی کرد. ایشان می فرمایند: درست است که ثمن قبل از رسیدن به دست خود مالک تلف شده است، ولی باید به این نکته توجه داشته باشیم که ثمن به دست کسی رسیده که از ناحیه ی مالک مجاز به قبض بوده است. در طرف مبیع هم اگر فضولی باشد همین طور است و هر چند مبیع به دست مشتری نمی رسد، ولی به دست کسی رسیده که از جانب مشتری مجاز به دریافت مبیع بوده است. در این موارد هر چند ثمن یا مبیع به دست مالک نمی رسد، ولی با تلف شدن آنها، هیچ ضمانی بر عهده ی مالکان قبلی وجود ندارد.

معنای تعلیل مرحوم شیخ در عدم ضمان مالک اول

تعلیل مرحوم شیخ راجع به عدم ضمان مالک اول را دو گونه می شود معنی کرد:

معنای اول: هر چند مقتضی ضمان در اینجا وجود دارد، زیرا مبیع یا ثمن قبل از رسیدن به دست مالک دوم تلف شده است، ولی اجازه ی مالک به فضولی کأنّ به این معناست که مالک ضمان را اسقاط کرده است.

البته در اینجا دو اشکال وجود خواهد داشت:

اشکال اول: عبارت از این است که اسقاط ضمان متوقف بر این است که شخص، هم علم به این مسئله داشته باشد که در صورت تلف شدن ثمن یا مثمن قبل از رسیدن به مالک جدید، تلف از مال مالک اول خواهد بود و هم در آن حال متوجه این مطلب باشد. و لذا اگر مالک با علم به مسئله و توجه به آن، به فضولی اجازه ی قبض و اقباض بدهد، به این معنی است که ضمان را از مالک اول اسقاط کرده است. بنابراین، ملازمه بین اجازه به قبض و اقباض و بین اسقاط ضمان در جایی است که شخص مسئله را بداند، در حالی که همه ی مردم به چنین مسائلی آگاهی ندارند. اینگونه مسائل از مواردی است که هر کس علم به آن ندارد و خلاصه اینکه چنین ملازمه ی متوقف بر این است که شخص هم مسئله را بداند و هم متوجه آن باشد. این اشکال اول در وجود چنین ملازمه ای است.

اشکال دوم: آیا ضمان جزء حقوق است که قابل اسقاط باشد یا جزء احکام است که قابل اسقاط نباشد؟ اگر ضمان از احکام باشد، با اسقاط ما ساقط نمی شود، زیرا شرع می گوید که تا مادامی که ثمن یا مثمن به طرف مقابل نرسد، تو ضامن هستی.

جواب از اشکال دوم: خیلی روشن نیست که ضمان جزء احکام باشد. آقای خوئی به طور بتّی آن را جزء احکام گرفته است. بنده کتاب در دسترسم نبود که نظر مرحوم شیخ راجع به این مطلب – که در بحث قبض به آن پرداخته است - را بررسی کنم که وقتی شرع مقدس می گوید: «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه»، آیا این ضمان جزء احکام شرعیه است یا جزء حقوق است که بشود آن را اسقاط کرد؟ نمی دانم که مرحوم شیخ راجع به این مسئله بحث کرده است یا نه.

آنچه به ذهن من می آید، عبارت از این است که عرف متعارف آن را جزء حقوق می داند، یعنی همان طوری که گاهی اوقات، شخص در صورت تلف شدن مال نسبت به خودش جعل ضمان می کند، هم چنین می تواند این ضمان را اسقاط کند. یا ممکن است در یک معامله، مشتری بگوید: شاید من ثمن را یک روز دیرتر به تو تسلیم کنم و ممکن است که ثمن از بین برود، ولی بایع می گوید: عیبی ندارد و اگر ثمن تلف شد، از کیسه ی من رفته است و من مالك ثمن هستم و اگر ملك من تلف شد، ضمانی نسبت به تو در کار نیست. عرف متعارف چنین شروطی را صحیح می داند و شرط مخالف کتاب نمی داند. کأنّ اقتضاءِ کتاب این است که اگر قراری در کار نباشد، طبعاً قبل از قبض مالك اول ضامن است، ولی اگر خودشان نسبت به اسقاط این ضمان با هم توافق کردند، ضمان ساقط می شود. من خیال می کنم که ذوق عرفی اقتضاء می کند که ضمان قبل از قبض، جزء حقوق باشد نه جزء احکام. بنابراین، می توان از اشکال دوم اینطور جواب داد ولی اشکال اول باقی است، زیرا ملازمه بین اجازه به قبض و اسقاط ضمان متوقف بر این است که شخص علم به مسئله داشته و متوجه آن باشد.

معنای دوم: طبق معنای اول، اشکالات بر ایشان وارد خواهد بود، ولی اگر مراد مرحوم شیخ عبارت از این باشد که قبض عبارت از این است که ثمن یا مثمن یا به دست خود شخص برسد، یا به دست وکیل او برسد و یا به دست مأذون از جانب او برسد و همه ی اینها در اعتبارات عقلائی قبض حساب می شود. قهراً طبق این معنی، مرحوم شیخ می خواهد بگوید که ضمان خودبه خود ساقط است، زیرا فضولی این کار را با اجازه ی مالک انجام داده است و قبض فضولی بالواسطه این ضمان را اسقاط کرده است.

خلاصه اینکه، قبضی که عرف یا شرع معتبر می دانند، با قبض خود مالک یا وکالت و یا با اجازه از جانب او حاصل می شود. بنابراین، اگر مراد مرحوم شیخ این معنای دوم باشد، اشکالات ذکر شده، بر ایشان وارد نخواهد بود.

اجازه نسبت به اقباض مبیع

بحثی که گذشت راجع به مسئله ی ثمن بود، ولی ایشان راجع به صورتی که مالک نسبت به اقباض مبیع اجازه بدهد و مبیع به دست مالک ثانوی برسد، می فرماید که با این اجازه، تمام احکام قبض بار می شود. این قیدی که مرحوم شیخ ذکر کرده است، کأنّ به این معنی است که اگر مالک اول مبیع اجازه ندهد، دادن مبیع به مشتری (مالک ثانوی)، درست نیست، در حالی که با اجازه ی مالک اول، مشتری مالک مبیع شده است و فضولی در حقیقت ملک مشتری را به خودش تحویل می دهد و طبعاً نباید چنین چیزی محل اشکال باشد. چه بسا ممکن است که مالک اول به هر دلیلی نسبت به دادن مبیع به مشتری اجازه ندهد، ولی فضولی بدون رضایت و اجازه ی او مبیع را به مشتری می دهد.

ص: ۶۲۰

در اینجا این اشکال مطرح است که چرا مرحوم شیخ چنین قیدی را بیان کرده است، در حالی که حتی اگر هم فضولی بدون رضایت و اجازه ی مالک اول، مبیع را به مشتری بدهد، هیچ اشکالی ندارد، زیرا مالک اول بعد از اجازه، هیچ مسئولیتی نسبت به مبیع ندارد و در حقیقت، فضولی ملک مشتری را به خود مشتری داده است. مرحوم شیخ این قید را بیان می فرماید که اگر مالکِ اول صریحاً به فضولی این اجازه را داده باشد که مبیع را به مشتری بدهد، چون اقباض مبیع به مشتری با رضایت او واقع شده است، قهراً باید تمام آثار قبض را بار کنیم. بحث در این است که مرحوم شیخ چرا این قید را ذکر کرده است؟!

این نظر مرحوم شیخ اشاره به این است که در مواردی مثل بیع صرف یا سلم، بدون قبض ملکیتی برای طرفین حاصل نمی شود. البته در غیر صرف و سلم، با تحقق اجازه طرفین مالک می شوند و مالک مجیز چه راضی باشد و چه راضی نباشد، اگر فضولی مبیع را به مشتری بدهد، مسئولیتی ندارد، زیرا ملک مشتری را به خودش داده است.

خلاصه اینکه در غیر صرف و سلم، رضایت مالک اولی هیچ دخالتی ندارد، زیرا مالک ثانوی مالک مبیع شده است و باید مبیع را به او ردّ کرده ولی در صرف و سلم قبل از قبض و اقباض ملکیتی برای طرفین حاصل نشده است و مالک دوم هنوز مالک نشده است و لذا شخص ثالث حق ندارد که بدون اجازه ی مالک مبیع موضوع ملکیتی برای طرف مقابل درست کند. لذا مرحوم شیخ در اینجا می فرماید: چون در این موضوع، طبق مفروض ما اجازه ی مالک اول وجود دارد، حتی در صرف و سلم هم اشکالی وجود ندارد و قبض، قبض درستی هست، زیرا در صرف و سلم با توافق مالک اول موضوع ملکیت برای دومی درست شده و مبیع به او اقباض گردیده است. از این عبارت مرحوم شیخ استفاده می شود که در باب صرف و سلم اگر اقباض مبیع بی اجازه باشد، اثر قبض حاصل نمی شود ولو اینکه انشاء ملکیت شده باشد. اگر انشاء واقع شد و این عینی که ملکیتش برای زید انشاء شده است و قبض هم شرط آن است، توسط یک حیوان در اختیار زید گذاشته شود یا باد آن را بلند کرده و قبض حاصل شده باشد، از کلام مرحوم شیخ استفاده می شود که مطلق قبض در فعلیت آن امر اقتضائی کفایت نمی کند و با قبض هایی که بدون رضایت مالک اصلی باشد، فعلیت حاصل نمی شود.

ص: ۶۲۱

من در وسیله النجاه این مسئله را پیدا نکردم که آیا در قبض باب صرف و سلم هم اجازه و إذن مالک اصلی شرط است یا نه؟ به هر حال، مرحوم شیخ بر اساس این مبنی می فرمایند که اگر اجازه داد، همه ی آثار قبض را باید ما بار کنیم حتی در باب صرف و سلم.

«جمیع الآثار» اشاره به این است که حتی آن موردی هم که خود قبض در ملکیت دخالت دارد، آن هم اگر با رضایت شد، کفایت می کند.

«لکن ما ذکرنا إنّما یصحّ فی قبض الثمن المعیّن، و أمّا قبض الکلّی و تشخّصه به فوقوعه من الفضولی علی وجهٍ تصحّحه الإجازه یحتاج إلی دلیلٍ معمِّمٍ لحکم عقد الفضولی لمثل القبض و الإقباض، و إتمام الدلیل علی ذلک لا یخلو عن صعوبه.» مرحوم شیخ می فرماید: آنچه گفتیم، راجع به قبض ثمن شخصی بود، ولی اگر ثمن کلی بود و مالک مجیز نسبت به قبض ثمن کلی —که قبلاً واقع شده است– اجازه داد، باید ببینیم که آیا این اجازه موجب تشخص آن کلی می شود یا نه؟ التبه اگر شخص اذن داشت، مسئله خیلی روشن بود مثل اینکه کسی از کس دیگری طلبی دارد و می گوید: برو و طلب من را از آن بدهکار بگیرد. در اینجا هیچ اشکالی نیست که با گرفتن طلب توسط این شخص، آن کلی تعین پیدا کرده و از ذمه ی او ساقط می گردد. ولی بحث ما در این است که فضولی این کار را کرده و ثمن کلی را بدون اجازه گرفته است و حال که مالک اعلام موافقت می کند، آیا با این اجازه، کلی تشخص پیدا می کند تا از ذمه ی طرف ساقط بشود یا اینکه بگوییم: چون این قبض را فضولتاً انجام داده و عن اذنٍ نبوده است، فایده ندارد؟ البته عقدی که واقع شده است، طبق مفاد «أوفوا بالعقود» و امثال، با اجازه تصحیح می شود، اما بحث در این است که آیا بدون إذن قبلی و با اجازه، کلی در فرد تشخص پیدا می کند یا نه. مرحوم شیخ می فرماید که این مسئله برای ما خیلی روشن نیست.

ص: ۶۲۲

اجازه به قبض-فوریت در اجازه-طولانی شدن اجازه ۹۳/۱۲/۰۹

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: اجازه به قبض-فوریت در اجازه-طولانی شدن اجازه

خلاصه درس: حضرت استاد در ابتدای جلسه، دلالت اجازه به عقد، بر اجازه به قبض را در بیع صرف و سلم مورد بررسی قرار داده و سپس برخی از تعابیر مرحوم شیخ و اشکالات آقای خوئی را مطرح نموده و این اشکالات را ردّ می نمایند. و در ادامه بحثی را از آقای خوئی راجع به عدم تأثیر اجازه ی قبض نسبت به ما قبل متذکر شده و مورد نقد قرار می دهند. بحث بعدی، عدم لزوم فوریت در اجازه است و سپس بحث عدم ردّ و عدم اجازه از جانب مالك فضولی و طولانی شدن اجازه با ذکر نظر مرحوم شیخ و ایرادات آقای خوئی مطرح می گردد.

دلالت اجازه به عقد بر اجازه به قبض در صرف و سلم

مرحوم شیخ می فرمایند: در عقودی مثل صرف و سلم، شرط حصول ملکیت و نقل و انتقال، قبض است و لذا اجازه به عقد در چنین عقودی، به دلالت اقتضاء، دلالت بر اجازه ی به قبض هم می کند و اگر این طور نباشد، لازمه ی آن لغویت خواهد بود و اصل اولی هم عبارت از این است که شخص عاقل و متوجه، کار لغو و بیهوده انجام نمی دهد. در اینجا هم اگر شخص نسبت به عقد اجازه دهد، ولی نسبت به قبض اجازه ندهد، این اجازه کالعدم می باشد. (۱)

علت ذکر قید تفرق بعد از قبض، در فرمایش مرحوم شیخ

ص: ۶۲۳

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۲۸.

البته مرحوم شیخ این طور تعبیر کرده که بعد از قبض و تفرق، اگر اجازه ای راجع به عقد داده شد، این اجازه، اجازه به قبض هم هست. ایشان در اینجا قید تفرق را هم بیان کرده است، در حالی که شرط حصول ملکیت و نقل و انتقال، نفس القبض است و تفرق در حصول ملکیت شرط نیست و لذا در صورت قبض، حتی اگر متفرق هم نشده باشند، ملکیت حاصل می گردد. حال باید دید که چرا ایشان این قید «بعد القبض و التفرق» را بیان کرده است؟ شاید علت تعبیر ایشان این باشد که لغویت اقتضاء نمی کند که به مجرد قبض در صورتی که امکان نقل و انتقال باشد، فعلیت حاصل شود و تا زمان تفرق وقت هست و لذا اگر قبل از تفرق هم حاصل شود، کفایت می کند. اگر تفرق هم حاصل شد، ولی ردّی واقع نشد، آن اجازه، اجازه به قبض هم هست و برای لغو نبودن هم کافی است، ولی مقتضای عدم لغویت عبارت از این نیست که با قبض، فوراً ملکیت حاصل شود و ملازمه ای بین این دو وجود ندارد و ممکن است تفرق یکی دو ساعت طول بکشد و در عین حالی که در این مدت زمان ملکیت حاصل نشده است، لغویت هم پیش نیاید، زیرا بالأخره یك یا دو ساعت دیگر اذن در قبض هم حاصل می گردد، لذا مرحوم شیخ قید تفرق را در اینجا ذکر کرده است.

اشکال آقای خوئی به تعبیر مرحوم شیخ

ص: ۶۲۴

مرحوم شیخ عبارتی دارد که آقای خوئی در تقریراتش به آن اشکال کرده است. عرض ما این است که چطور ایشان کلام مرحوم شیخ را توجیه نکرده و به فرمایش ایشان اعتراض نموده است؟!

مرحوم شیخ: «و علی أیّ حال، فلو کان إجازه العقد دون القبض لغواً کما فی الصرف و السلم بعد قبض الفضولی و التفرّق کان إجازه العقد إجازهً للقبض صوناً للإجازه عن اللغویه. و لو قال: أجزت العقد دون القبض، ففی بطلان العقد أو بطلان ردّ القبض وجهان». (۱)

آقای خویی: این کلام مرحوم شیخ از اعاجیب کلام است، زیرا ایشان این احتمال را مطرح کرده است که مالک اصلی نتواند عقد را ردّ کند، با اینکه مالک مجیز اختیاردار است و هم می تواند ردّ و هم می تواند امضاء کند. و این چه احتمالی است که ایشان می فرماید: اگر مالک ردّ کرد، دو احتمال وجود دارد که یکی از این احتمالات عبارت از این است که ردّش لغو و کالعدم باشد!

جواب از اشکال آقای خویی

به نظر ما این اشکال به آقای خوئی وارد است که چرا ایشان چنین اشکالی به مرحوم شیخ، کرده است، در حالی که این مطلب ادامه ی بحث صرف و سلم است. مرحوم شیخ می فرماید: در غیر صرف و سلم اجازه نسبت به عقد، اجازه نسبت به قبض نیست و در شروع این مسئله هم مطرح شد که «اجازه البیع لیس اجازهً للقبض». گاهی شخص مالک نسبت به نقل و انتقال اجازه می دهد تا بنا بر مصالحی که در نظر گرفته است، مالک عوض شود، ولی این اجازه هیچ ملازمه ای نسبت به اجازه در قبض ندارد. بنابراین، ممکن است شخص موافق با نقل و انتقال باشد، ولی موافق با قبض فضولی نباشد. خلاصه، اجازه در قبض نه از جهت اذن ابتدائی حاصل است و نه ملازمه ای با اجازه نسبت به عقد دارد. مراد مرحوم شیخ عبارت از این است که در بیع صرف و سلم اگر اجازه بدون قبض باشد، لغویت لازم می آید، ولی اگر در همین صرف و سلم شخص مالک بگوید: اجزتُ العقدَ دون القبض، در اینجا بدون شک یک لغویتی وجود دارد، منتهی بحث در این است که از اول اجزت العقد لغو است، یا اجزت العقد صحیح هست و دون القبض لغو است؟ در اینجا هر دو وجه وجود دارد که آیا اخذ به صدر کرده و ذیل را رها کنیم، یا هر دو را لغو بدانیم و بگوئیم عقد باطل است؟ این مسئله روشن نیست و لذا مرحوم شیخ تعبیر به «وجهان» کرده است. خیلی مسلم و واضح است که مراد مرحوم شیخ در اینجا چیست و از همین که این تعبیر را متصل به ماقبل ذکر کرده است، روشن می شود که عبارت مربوط به صرف و سلم است. البته قاعده اش این بود که یک توضیحی در اینجا بیان می شد و شاید بشود گفت که یک نحوه تسامحی در عبارت ایشان هست. در یک قسمت دیگری هم ایشان اینطور تعبیر کرده است که «کما فی الصرف و السلم بعد قبض الفضولی و التفرّق». بنابراین، بهتر بود که مرحوم شیخ در اینجا این قید را بیان می فرمودند که در باب صرف و سلم، شرط نقل و انتقال عبارت از قبض است و اگر شخص علم به این مسئله دارد، برای اینکه اجازه ی مجیز لغو نباشد، باید اجازه نسبت به قبض هم باشد. این مطلب مربوط به کسی است که عالم به این مسئله است و همه علم به این مسئله ندارند که بیع صرف و سلم متفاوت از موارد دیگر است. بنابراین، مناسب بود چنین قیدی ذکر می شد. البته مراد مرحوم شیخ روشن است، ولی خوب بود که این ضمیمه هم بیان می شد.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۲۸.

پرسش: لازم نیست قیدی اضافه کند و اگر اجازه به عقد سلیم باشد، همین اجازه نسبت به قبض هم خواهد بود و لذا اگر به نحو اجمال هم بگوید که من اجازه می دهم، اجازه نسبت به قبض هم خواهد بود؟

پاسخ: نه، چنین ملازمه ای در کار نیست، بلکه حیث تعلیلی است و شخص خیال کرده است که این اجازه مملک است و هیچ قید مملِّکی در آن وجود ندارد، بلکه حیث تعلیلی است و شخص خیال کرده است که با نفس این اجازه تملیک حاصل می گردد. گاهی هم ممکن است که علم به اشتراط قبض در ملکیت داشته باشد، ولی باز هم اجازه ی او ملازمه ای با اجازه به قبض نداشته باشد، مثل اینکه مالک فضولی را فعلاً قابل اطمینان نداند، ولی قصدش این باشد که نقل و انتقال واقع شده و بعداً شخص دیگری عین را از طرف مقابل بگیرد تا از بین نرود و از دست فضولی محفوظ بماند. در اینجا مالک راضی به نفس عقد و نقل و انتقال است، ولی راضی به قبض نیست.

عدم تأثیر اجازه ی قبض نسبت به قبل (فرمایش آقای خوئی)

آقای خوئی می فرمایند که مسئله ی کشف و نقل - که در باب اجازه العقد مطرح است- در مسئله ی اجازه القبض مورد بحث قرار نمی گیرد و اجازه ی قبض فقط نسبت به ما بعد مؤثر است و در ما قبل تإثیر ندارد و لذا بحث کشف در اینجا مطرح نیست. ایشان در بیان علت این مطلب می فرماید: کشف در امور اعتباری (مانند نقل و انتقال) نسبت به حال و سابق و لاحق قابل تصور است، ولی در امر تکوینی خارجی - که ارتباطی به اعتبار ندارد- نمی شود ما وقع را منقلب و عوض کرد. بنابراین، در باب اجازه نسبت به نقل و انتقال که از امور اعتباری است، می توانیم کشف را در نظر بگیریم، ولی نسبت به یک امر تکوینی مانند قبض، کشف معنی ندارد و قهراً در اینجا فقط مسئله ی نقل مطرح است. (۱)

ص: ۶۲۶

۱- مصباح الفقاهه، سید ابوالقاسم خویی، ج ۴، ص ۲۲۶.

نقد فرمایش آقای خوئی

به نظر می رسد که این اشکال آقای خویی وارد نباشد، زیرا سابقینی که قائل به کشف بودند، قائل به کشف تعقبی بوده و می گفتند: از ادله عمومات و امثال آن کشف می کنیم که عقد چه مسبوق به رضا باشد و چه ملحوق به رضا باشد، نافذ و صحیح است. در مسئله ی قبض طبق این نظری که سابقین بیان کرده اند، ممکن است قبض مسبوق به رضا باشد و ممکن هم هست که ملحوق به رضا باشد و رضایت بعداً بیاید و از ادله هم استفاده می شود آن قبض باید با رضایت باشد چه اینکه این رضایت سابقاً باشد و چه لاحقاً، کما اینکه در عقد هم همین طور است و لذا این مسئله در امور تکوینی و تشریعی و اعتباری هیچ فرقی ندارد و حکم همه ی این موارد واحد است، منتهی ما باید ادله را مورد بررسی قرار بدهیم که آیا کشف درست است یا نقل و اگر کشف درست است، کشف حکمی درست است یا موارد دیگر.

تنبیه ششم: عدم لزوم فوریت در اجازه

«الإجازه لیست علی الفور للعمومات و لصحیحه محمّد بن قیس و أکثر المؤیّدات المذکوره بعدها» (1) ، در تمام این مواردی که قبلاً ذکر شد، اجازه فوری نبود. در صحیحه ی محمد بن قیس، بعد از اینکه مباشرت واقع شده و شخص صاحب اولاد شده است، اجازه عقد را تصحیح کرده است و این قدر فاصله بین عقد و اجازه افتاده است، ولی با وجود این فاصله اجازه صحیح است.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۲۹.

پرسش: مراد از فوریت در عبارت «لیست علی الفور»، از زمان آگاه شدن به عقد است یا از زمان خود عقد؟ پاسخ: از زمان خود عقد است. ایشان می فرماید که لازم نیست بین عقد و اجازه فوریت باشد و در اکثر آن مؤیداتی هم که بعداً ذکر شده است، بین اجازه و عقد خیلی فاصله شده است. در روایت ابوعبیده حذاء هم وارد شده است که بین صغیرین عقدی واقع شده است و بعد هم یکی از اینها مُرد و طرف دیگر هم بعد از بلوغ اجازه داده است. خلاصه از اکثر ادله ا ی که در این باب وجود دارد، استفاده می شود که در باب اجازه، فوریتی در کار نیست.

پرسش: ظاهر عبارت مرحوم شیخ این است که مالک عقد فضولی را بفهمد و فوراً اجازه ندهد؟ پاسخ:نه این طور نیست و مسئله ی فهمیدن در کار نیست و اگر هم فهمیدن مالک در کار باشد، باز هم فوریت در اجازه لازم نیست، زیرا گاهی بعد از فهمیدن هم تا زمان اجازه فاصله می افتد.

پرسش: اگر عدم فوریت بعد از فهمیدن مالک باشد، دیگر این مطلب از روایات استفاده نمی شود؟ پاسخ: در برخی از روایات، بعد از اینکه مالک به عقد فضولی علم پیدا کرده است، تا زمان اجازه، خیلی فاصله افتاده است. در صحیحه ی محمد بن قیس بعد از جریانات زیاد اجازه واقع شده است.

عدم ردّ و عدم اجازه ی مالک در فضولی

«و لو لم یجز المالک و لم یردّ حتّی لزم تضرّر الأصیل بعدم تصرّفه فیما انتقل عنه و إلیه علی القول بالکشف فالأقوی تدارکه بالخیار أو إجبار المالک علی أحد الأمرین» (۱) بحث دیگر، این است که مالک نه اجازه می دهد و نه ردّ می کند. این بحث در جایی است که در عقد فضولی، یک طرف فضولی و یک طرف اصیل است و بیع از ناحیه ی فضولی واقع شده و چیزی به مشتری فروخته شده است. مشتری هم با ملک خودش که اختیار آن را دارد، این چیز را خریداری کرده است. بحث این است که آیا قبل از آمدن اجازه یا ردّ مالک مجیز، این مشتری اصیل می تواند اشترائی را که از ناحیه ی او واقع شده است را رد کند یا نه؟ البته مالک مجیز حق دارد که عقد را قبول یا ردّ کند، ولی آیا مشتری اصیل هم می تواند قبل روشن شدن تکلیف عقد از ناحیه مالک مجیز، اشتراء خودش را ردّ کند یا نه؟ خیلی ها گفته اند که چون مشتری ملتزم به قبول شده است، از ناحیه ی او مطلب تمام است و لذا حق ندارد که عقد را به هم بزنند تا اینکه تکلیف عقد از ناحیه ی مالک مجیز روشن شود.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۲۹.

منتهی بحث در این است که اگر مالک مجیز بعد از مدت طولانی اطلاع پیدا کرد یا بعد از اطلاع، مدت زیادی را به فکر نسبت به ردّ یا اجازه گذراند، این امر موجب اضرار به مشتری می شود، زیرا مشتری قبل از اجازه ی مالک حق تصرف در مبیع را ندارد و از طرف دیگر با ثمنی هم که متعلق به خود اوست، نمی تواند کاسبی کرده و از آن استفاده کند و لذا قهراً در این صورت به مشتری ضرر وارد می شود.

مرحوم شیخ می فرماید: در این صورت برای اینکه مشتری متضرر نشود، یا باید شرعاً خیار به هم زدن آن التزامی که قبول کرده است را داشته باشد و بتواند از آن التزام برگردد یا مالک مجیز مکلف به ردّ یا قبول باشد تا تکلیف عقد روشن شود.

دو ایراد از طرف آقای خوئی (۱)

ایراد اول: این ضرر حتمی است، چه اجازه طولانی باشد و چه کوتاه باشد و در هر دو صورت، این ضرر، حتمی است و اقتضاء قواعدی که آقایان بیان کرده اند، عبارت از این است که همان طوری که در ضرر کوتاه لاضرر جاری نیست، در ضرر طولانی هم جاری نباشد.

مرحوم شیخ در ضرر کوتاه قائل به عدم جریان لاضرر بوده و می فرماید که باید مشتری منتظر بماند تا مالک مجیز عقد را اجازه یا رد کند، ولی نسبت به ضرر طولانی اشکال کرده است. آقای خوئی می فرماید که تراخی چه طولانی باشد و چه غیر طولانی، در هر دو صورت یک نحوه ضرری دارد و به همان مناطی که نسبت به تراخی مختصر لاضرر جاری نیست، به همان مناط در طولانی اش هم جاری نیست، زیرا مشتریِ اصیل با علم به اینکه معامله فضولی است و علم به اینکه قبل از اجازه نمی تواند نه در مبیع و نه حتی در ثمن -که مال خود اوست- تصرف کند، اقدام به چنین معامله ای کرده و قهراً در اقدام به ضرر، چه ضرر کم باشد و چه زیاد، لاضرر جاری نیست. البته ممکن است کسی اصل این مبنی را قبول نداشته باشد که شخص اصیل حق انصراف از التزام خودش را ندارد و باید حتماً ملزم به این التزام باشد کما اینکه آقای خوئی هم متمایل به همین مبنی است. (یعنی کأنّ ایشان الزام مشتری اصیل به چنین التزامی را قبول ندارند).

۱- مصباح الفقاهه، سید ابوالقاسم خویی، ج ۴، ص ۲۲۸.

ایراد دوم: مرحوم شیخ برای رفع ضرر از مشتری اصیل، دو راه بیان فرمود: یکی اینکه اصیل نسبت به رفع ید از التزام خودش خیار داشته باشد، دیگری هم عبارت از این بود که مالک مجیز مکلف به این باشد که تکلیف عقد را زودتر روشن کند. آقای خوئی می فرمایند: وجهی ندارد که ما مالک مجیز را ملزم کنیم که مال خودش را یا بفروشد یا نفروشد، بلکه شخص این حق را دارد که مال خودش را بفروشد یا بالمره ترک کند.

زنی که خود را به عقد حضرت ولی عصر (عج) درآورده است

آقای خوئی بعد از بیان این اشکال می فرمایند که در باب نکاح یک مطلبی است که آقایان هم در حاشیه ی این مطلب بیانات جالبی ذکر کرده اند. مسئله این است که زنی خودش را برای حضرت ولیّ عصر(عج) عقد کرده باشد، به این صورت که ایجاب عقد را خودش بالاصاله خوانده است و از جانب حضرت هم فضولتاً قبول کرده است. در این صورت، حضرت باید اجازه دهد تا عقد صحیح باشد و چون بنا بر این است که تا مادامی که تکلیف از ناحیه ی مالک مجیز روشن نشده است، باید شخص صبر کند و نمی تواند نسبت به التزام خودش رفع ید نماید، ایشان می گوید که فقهاء فتوی داده اند که این زن تا وقت مرگ باید صبر کند تا ببیند که حضرت این عقد را اجازه می دهد یا نه.

ولی به نظر می رسد که هر چند این زن حاضر است تا وقت مرگ انتظار بکشد، ولی آیا حضرت ولیّ عصر (عج) راضی است که این زن تا آخر عمر این طور بماند و نتواند ازدواج کند؟! اگر این زن صلاحیت برای این کار داشته باشد، تشرفی برایش حاصل می شود و حضرت تکلیف او را روشن می کند و اگر هم صلاحیت نداشته باشد، حتماً حضرت راضی به این نیست که این زن تا وقت مرگش این طور بماند و لذا اگر در اوایل اجازه ای از ناحیه ی حضرت صادر نشد، مساوق با ردّ حضرت است.

ص: ۶۳۰

خلاصه آقای خوئی- بر خلاف دیگران- برای ملزم نبودن شخص این گونه موارد را شاهد آورده و می فرماید که شخص ملزم نیست و اگر او را ملزم بدانیم، این تالی فاسدها پیش خواهد آمد.

نقد فرمایش آقای خوئی

به نظر ما هر چند لاضرر در جایی که شخص اصیل اقدام به ضرر کرده است، جاری نیست، ولی در معمول و متعارف موارد، حتی در صورت علم شخص به فضولی، این انتظار را دارد که به زودی تکلیف عقد روشن شود و قهراً در مواردی که بر خلاف انتظار شخص، عقد بخواهد سالها طول بکشد، ادله ی لاضرر خواهد آمد و اقدام او تا زمان مرگ نیست.

البته نظر مرحوم شیخ به موارد استثنائی مانند همان موردی که زن حاضر است تا آخر عمرش انتظار بکشد و به این مطلب اقدام کرده است، نیست و مرحوم شیخ چنین مواردی را نمی خواهد بگوید و نظر ایشان به موارد متعارف است که شخص انتظار روشن شدن عقد در یک زمان کوتاه را دارد و در صورت طولانی شدن عقد، بدون شک لاضرر جاری خواهد بود.

صور مختلف نسبت اجازه و عقد (تباین- تطابق- تخالف) ۹۳/۱۲/۱۰

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: صور مختلف نسبت اجازه و عقد (تباین- تطابق- تخالف)

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه به تنبیه هفتم راجع به صور مختلف اجازه نسبت به عقد، اعم از تباین، توافق و تخالف بین اجازه و عقد می پردازند. ایشان صور مختلف تطابق، تباین و تخالف جزء و کل را مورد بررسی قرار داده و نظر خود را بیان می نمایند. و در ادامه نظر خود را راجع به انحلال مرکب نسبت به اجزاء ذکر نموده و سپس صورت تخالف بین اجازه و عقد را در شرط به نفع مالک یا شرط به ضرر مالک مورد بررسی قرار داده و نظر آقای خوئی، مرحوم شیخ و آقای نائینی را بیان می فرمایند.

ص: ۶۳۱

تنبیه هفتم: صور مختلف اجازه نسبت به عقد (تباین-توافق-تخالف)

«السابع هل یعتبر فی صحّه الإجازه مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً، أم لا؟ وجهان: الأقوی: التفصیل، فلو أوقع العقد علی صفقه فأجاز المالک بیع بعضها، فالأقوی الجواز کما لو کانت الصفقه بین مالکین فأجاز أحدهما، و ضررُ التبعّض علی المشتری یجبر بالخیار. و لو أوقع العقد علی شرط فأجازه المالک مجرّداً عن الشرط، فالأقوی عدم الجواز؛ بناءً علی عدم قابلیه العقد للتبعیض من حیث الشرط و إن کان قابلًا للتبعیض من حیث الجزء؛ و لذا لا یؤثّر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط». (۱)

در تنبیه هفتم آن طوری که مرحوم شیخ و آقای خوئی می فرمایند (۲) ، به این بحث پرداخته شده است که اجازه چند صورت دارد:

تطابق اجازه و عقد: اجازه با عقدی که واقع شده است من جمیع الجهات مطابق است که در صحت این اجازه بنا بر صحت فضولی هیچ اشکالی نیست.

تباین اجازه و عقد: اجازه با عقد واقع شده مباین باشد، مثل اینکه فضولی خانه ی شخصی را فروخته است، ولی اجازه نسبت به مال دیگری غیر از خانه تعلق بگیرد. در این صورت هم بدون شک اجازه فایده ای ندارد، زیرا اجازه با عقد واقع شده تباین دارد.

تخالف جزء و کل بین اجازه و عقد

گاهی هم اجازه با عقد واقع شده مخالف است، ولی این مخالفت به نحو تخالف جزء و کل می باشد، یعنی عقد به مجموع تعلق گرفته است، ولی اجازه نسبت به بعض واقع شده است که در این صورت تخالف عقد با اجازه، تخالف کل و جزء می باشد. در این صورت سوم ایشان می فرمایند که این اجازه صحیح است، مرحوم شیخ هم این اجازه را صحیح می داند و به تعبیر ایشان در عرف متعارف، اگر عقد بر روی یک شیء ذات اجزاء و ذو اجزاء واقع شده باشد، منحل به اجزاء می شود و کأنّ بیوع متعدده واقع شده است. بنابراین، اگر بعضی از اجزاء مورد امضاء قرار گرفت و بعضی مورد امضاء قرار نگرفت، قهراً بیع مجاز به صحت خودش ثابت بوده و صحیح می باشد، ولی بیع غیر مجاز صحیح نمی باشد.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۲۹.

۲- مصباح الفقاهه، سید ابوالقاسم خویی، ج ۴، ص ۲۲۸.

خلاصه اینکه وقتی به حسب ارتکاز عرفی، عقـد انحلال پیدا کرد و حکمی که روی مجموع رفته است، روی اجزاء رفت، بیوع متعـدد حاصـل خواهـد شـد و قهراً عـدم امضـاء یک قسـمت، موجب بطلان قسـمت دیگر نیست، منتهی با توجه به اینکه طرف اصیل کل را خریداری کرده است، خیار تبعض صفقه پیدا می کند. این مطلبی است که ایشان در اینجا بیان فرموده است.

بررسی انحلال عقد مرکب نسبت به اجزاء

البته این بحث انحلال برای ما قابل فهم نیست و گاهی انسان فقط در صدد این است که مطالب را حفظ کرده و به دیگران تحویل بدهد، ولی با توجه به ارتکازاتی که هست، چنین انحلالی برای ما روشن نیست. البته گاهی انسان می خواهد بگوید که باید به این چند نفر احترام گذاشته شود و به جای اینکه نام یک یک آنها را برده و بگوید: به زید احترام کن، به عمرو احترام کن، به بکر احترام کن، به صورت خلاصه تعبیر می کند که «اکرم هؤلاء». در اینجا انحلال وجود دارد و این تعبیر «اکرم هؤلاء» در حکم این است که چندین أکرم گفته شود.

در این موارد حرفی نیست که انحلال وجود دارد، زیرا هر کدام از اینها مستقل هستند، منتهی برای اختصار در تعبیر، به جای یک یک آنها تعبیر به «هؤلاء» شده است. بنابراین در چنین مواردی انحلال صحیح است، ولی آیا در مواردی هم که مثلاً کسی خانه ای را می فروشد، اینطور است؟! و آیا چنین عقدی منحل به این می شود که مثلاً عُشر خانه را به فلان قیمت فروختم، خُمس خانه را به فلان قیمت فروختم و ربعش را هم به فلان قیمت فروختم؟! مشکل دیگر هم عبارت از این است که گاهی قیمت عُشر به اندازه ی یک دهم قیمت خانه نیست و بیشتر یا کمتر از آن است و ممکن است از نظر ارزش گذاری چنین تفاوتی وجود داشته باشد و لذا گاهی شخص نمی داند که قیمت کل چه نسبتی با اجزاء دارد.

ص: ۶۳۳

خلاصه اینکه چنین انحلالی در اینجا برای ما قابل فهم نیست، البته ممکن است در برخی موارد از باب تعبد شرعی جنبه ی انحلالی وجود داشته باشد و دو شیء مختلف با هم جمع شده باشند که در صورتی امضاء نشدن یکی از این دو، دیگری مورد امضاء شارع قرار گرفته باشد، ولی نمی توانیم در انشاء به کل قائل به این بشویم که نسبت به اجزاء انحلال پیدا می شود و کأنّ عقدهای متعدد وجود دارد.

پرسش:هم به صورت کسر مشاع را می فرمایید و هم به صورت اجزاء خارجی؟ پاسخ: فرقی ندارد، چه مشاع و چه غیر مشاع، اینطور نیست که اگر شخص یک شیء مرکب را می فروشد، بیع او نسبت به اجزاء انحلال پیدا کرده باشد.

بنابراین، چنین چیزی ظهور عرفی ندارد و هیچ ملازمه ای هم در کار نیست و ممکن است وحدت غرض داشته باشد.

مطلب دیگر هم عبارت از این است که به نظر ما، اگر هم انحلال صحیح باشد، خیار برای شخص ثابت نیست، زیرا در عقدهای متعدد اگر امضاء نسبت به یک عقدی واقع شد، خیار نسبت به این عقد مجاز ثابت نمی شود و برای ثابت شدن خیار تبعض صفقه، باید یک نحو ارتباطی وجود داشته باشد در حالی که با انحلال، هر یک از اجزاء به نحو مطلوبِ مستقل خواهد بود و ارتباطی بین اجزاء وجود نخواهد داشت.

پرسش: نمی شود گفت گاهی اوقات در نظر شما ممکن است منحل شود و خیار برای این است که دیده شود طرف مقابل هم مقصودش انحلال بوده است یا خیر؟ پاسخ: اینها می گویند که مطلقاً انحلال هست و نتیجتاً اجازه نسبت به بعض صحیح است، منتهی شخص خیار تبعض صفقه دارد.

پرسش: خیار برای این است که مقصود آن شخص مشخص شود؟ پاسخ: اثبات خیار از این بابت نیست که ندانیم عقد نسبت به جزء است یا نسبت به کل که عبارت از غرر است، بلکه مراد اینها عبارت از این است که عرفاً انحلال فهمیده می شود، ولی تبعض صفقه هم دارد.

تخالف اجازه و عقد در شرط

گاهی هم تخالف در شرط است. آقای خوئی می فرمایند که گاهی فضولی عقد را با شرطی انجام داده است، ولی اجازه ی مالک نسبت به عقد بدون شرط واقع می گردد، مثل اینکه فضولی در عقد شرطی را در نظر گرفته است، ولی مالک مجیز - که صاحب مال است- بی شرط عقد را امضاء می کند.

تخالف در شرط به نفع مالک: ایشان در اینجا می فرمایند که این تخالف دو صورت دارد که در یک صورت بلا اشکال معامله صحیح است و این صورت عبارت از این است که فضولی به نفع مالک شرطی کرده باشد. ایشان برای این صورت اینطور مثال می زنند که فضولی خانه ای را به مشتری فروخته و شرط می کند که او مثلاً یک لباسی هم برای مالک اصلی بدوزد، ولی مالک این معامله را بدون این شرط قبول کرده و می گوید: من به این معامله راضی ام و لازم هم نیست که مشتری برای من لباسی بدوزد. در اینجا بلا اشکال اجازه صحیح است، زیرا مَن له الحق -که عبارت از مالک مجیز است- حق خودش را اسقاط کرده است و لذا وقتی مالک حق خودش را اسقاط کرده است، ما نمی توانیم یقه ی مشتری را بگیریم که حتماً باید این لباس را برای مالک بدوزد! (۱)

ص: ۶۳۵

۱- مصباح الفقاهه، سید ابوالقاسم خویی، ج ۴، ص ۲۳۰.

نظر استاد: این فرمایش ایشان است، ولی این مطلب برای ما خیلی روشن نیست، زیرا گاهی یک عقدی با یک شرطی واقع می شود و مالک هم این شرط را قبول می کند و قهراً طرف مقابل بدهکار می شود، ولی مالک تفضل کرده و می گوید: من آن بدهی را اسقاط کردم. در این صورت بلااشکال تخلفی بین اجازه و عقد واقع نشده است و بعد از اینکه عقد واقع شده است، مالک حق خود را اسقاط نموده است، ولی گاهی اوقات مالک به هر داعی، نمی خواهد که طرف مقابل برای او لباس بدوزد و این شرط را قبول نمی کند هر چند که طرف مقابل به نفع مالک ملتزم به این شرط شده است. در اینجا تطابقی بین اجازه و عقد نیست و به چه دلیل ما باید این اجازه را صحیح بدانیم با اینکه مالک راضی به آن نیست؟!

در ایجاب و قبول هم همین طور است و گاهی شخص یک چیزی را به یک میلیون به زید می فروشد، ولی زید می گوید که من این چیز را به دو میلیون می خرم! در اینجا هم بین ایجاب و قبول تطابقی نیست و هر چند طرف مقابل می خواهد تفضل کند، ولی فروشنده به هر دلیلی حاضر نیست که او به فشار بیافتد. البته اگر از اول قرار بین طرفین یک میلیون باشد، ولی بعداً مشتری دو میلیون بدهد، اشکالی ندارد، ولی بحث در این است که از اول یک طرف می گوید: به یک میلیون می فروشم و طرف مقابل هم می گوید: من به دو میلیون می خرم که قهراً در اینجا تطابقی بین ایجاب و قبول نیست. البته اگر رضایت را هم از خارج احراز کنیم، باز هم این بحث پیش خواهد آمد که آیا نفس رضا بدون انشاء کافی است یا نه؟ یا شاید با اذن فحوی بگوییم که معامله از اول در حقیقت روی دو میلیون قرار گرفته است.

ص: ۶۳۶

خلاصه این که ما نمی توانیم این مطلب را به صورت مسلم فرض کنیم، زیرا اسقاط حق بعد از این است که بین اجازه و عقد تطابق حاصل شده باشد و حق پیدا شود و شخص حق خودش را اسقاط بکند، ولی در جایی که اجازه مطابق عقد نیست، مقتضی برای حصول حق وجود داشته است، ولی فعلیت پیدا نکرده است و ما دلیلی برای صحت اجازه در این صورت نداریم.

تخالف اجازه با عقد در شرط به ضرر مالک: صورت دیگر عبارت از این است که فضولی شرطی می کند که بر علیه مالک و به نفع اصیل است. پس گاهی هم شرط به ضرر مالک مجیز است و به تعبیر آقای خوئی مثلاً فضولی خانه را می فروشد به شرط اینکه مالک برای مشتری یک لباسی هم بدوزد. بعد هم مالک نسبت به این عقد اجازه داده و می گوید: من نسبت به فروش خانه به همان قیمتی که فضولی فروخته است، اجازه می دهم، ولی حاضر نیستیم که برای مشتری لباسی بدوزم.

مرحوم شیخ می فرمایند که این اجازه باطل است. آقای خوئی هم در بیان علت بطلان می فرمایند: علت اینکه اجازه در باب کل و جزء صحیح بود، عبارت از این بود که در آنجا عرفاً انحلال پیش می آمد و ثمن نسبت به اجزاء تقسیط می شد و مثلاً برای نصف اجزاء، نصف پول در نظر گرفته می شد، (البته گاهی قیمت به تناسب متفاوت می شد) ولی در باب شرط اینطور نیست و شرط منشأ مرغوبیت یا عدم مرغوبیت مشروط می شود و ثمن نسبت به شرط تقسیط نمی شود و اینطور نیست که یک قسمت از ثمن مربوط به شرط باشد و یک قسمت هم نسبت به مشروط. مثلاً اگر کسی یک عبدی را به شرط کتابت می خرد، در اینجا کتابت سبب بالا رفتن قیمت عبد می شود، ولی ثمن نسبت به شرط و مشروط تقسیط نمی شود.

ص: ۶۳۷

گاهی هم ممکن است شرط به نفع یکی از طرفین و به ضرر دیگری بوده و و قیمت مشروط را پایین بیاورد.

بنابراین آنچه که مورد رضایت مالک است، با مورد عقد تخالف دارند و انحلالی هم در کار نیست و لذا اجازه باطل است.

این نظر مرحوم شیخ است، ولی شیخنا الاستاد آقای نائینی می فرمایند که تخلف شرط بین اجازه و عقد موجب بطلان نیست، زیرا شرط تعلیق نیست و اگر تعلیق باشد، قهراً عقد باطل خواهد بود، زیرا بالاتفاق، تعلیق موجب بطلان عقد است، در حالی که همه ی آقایان تخلف شرط را در صورت تعذر یا حتی در صورت تخلف اختیاری موجب بطلان عقد نمی دانند.

علت عدم بطلان هم عبارت از این است که شرط تعلیق نیست، زیرا اگر تعلیق باشد، اولاً عقد باطل است و اگر هم باطل نبوده و صحیح باشد در صورت عدم وقوع معلق علیه، قهراً عقد هم تحقق پیدا نمی کند، با اینکه علی کلا التقدیرین (حصول و عدم حصول معلق علیه) عقد صحیح است و آقایان قائل به بطلان نیستند. بنابراین عدم بطلان کاشف از این است که تعلیقی در کار نیست، بلکه شرط التزامٌ فی التزام می باشد. یعنی خود بیع یک التزام است و شرط هم التزام دیگری است. به عبارت دیگر وقتی شخص خانه را به شرط دوختن لباس توسط مالک می فروشد، یک التزام فروش خانه در مقابل ثمن معین است، التزام دیگر هم دوختن لباس توسط مالک است و لذا اگر مالک یکی از این دو التزام را امضاء نکند، ضرری به التزام دیگر نخواهد رسید. بنابراین اگر مالک اصل بیع را امضاء کرد، ولی شرط را نپذیرفت، هیچ ضرری به اصل بیع وارد نمی شود. (۱)

۱- منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تقریر بحث میرزای نائینی، شیخ موسی نجفی خوانساری، ج ۱، ص ۲۵۹.

آقای خوئی در اینجا یک بحث مفصلی می کند و در کتاب الاجاره هم بحث مفصل دیگری دارد که با بحث اینجا فرق دارد و به نظرم بحث باب اجاره کامل تر است. اگر آقایان این بحث ها را مطالعه کنند، خوب است.

اختلاف اجازه با عقد در اشتراط به ضرر مالک ۹۳/۱۲/۱۱

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: اختلاف اجازه با عقد در اشتراط به ضرر مالک

خلاصه درس: حضرت استاد در این جلسه به ادامه ی بحث اختلاف اجازه و عقد در اشتراطی که توسط فضولی به ضرر مالک واقع شده، می پردازند. ایشان ابتداء نظر مرحوم شیخ و مرحوم نائینی راجع به این مسئله را مطرح فرموده و سپس به صورت مفصّل نقد آقای خوئی بر فرمایش آقای نائینی را متذکر شده و در آخر هم نظر خود را بیان می فرمایند.

اختلاف اجازه با عقد در اشتراط به ضرر مالک

مرحوم آقای خوئی فرمودند که اگر اجازه با عقد به نحو جزئیت و کلیت تفاوت داشته باشد، آن عقد صحیح است منتهی خیاری می شود. ولی اگر اختلاف به نحو اشتراط باشد، اشتراط هم اقسامی دارد که یک قسمش عبارت از این بود که فضولی شرطی را بر علیه مالک قرار داده است و مالک هم اصل عقد را پذیرفته است، منتهی این شرط را قبول نکرده است. مثلاً فضولی خانه ای را فروخته و شرط کرده است که مالک برای مشتری یک خیاطتی هم بکند. مالک هم اصل عقد را قبول نموده است، ولی شرط را قبول نکرده است.

ص: ۶۳۹

تقریب فرمایش آقای نائینی در کلام آقای خویی

آقای خویی می فرمایند: مرحوم شیخ این صورت را باطل دانسته، ولی شیخنا الاستاد - آقای نائینی- همان طوری که در اختلاف کلیت و جزئیت، اجازه را صحیح می داند، در اینجا هم قائل به صحت شده است. (۱)

ایشان در تقریب فرمایش آقای نائینی می فرماید: شرط در اینجا به این معنی نیست که من بیع را معلق کردم مثلا به خیاطت، زیرا اگر عقد معلق باشد، بالاتفاق باطل می شود، در حالی که آقایان در غیر شروطی که خود شرع باطل دانسته است، این اشکال را مطرح نمی کنند. بنابراین، اگر اشتراط در اینجا به معنای تعلیق باشد، باید نفس الشرط مطلقاً باطل باشد، در حالی که این چنین نیست. در حقیقت شرط به معنای التزامٌ فی التزامٍ است و خود عقد یک التزام و تعهدی نسبت به مالکیت طرف مقابل است و در اصلِ عقد، تعلیقی وجود ندارد، ولی این التزامِ برای یک التزام دیگر مانند خیاطت، موضوع واقع می شود.

خلاصه اینکه در اینجا تعلیق وجود ندارد تا اصل بیع معلق بوده و نتیجه اش بطلان عقد باشد و لذا همان طوری که در باب مخالفت بین جزء و کل، عقد صحیح است، در این صورت اشتراط هم عقد صحیح است، همان طوری که عقد در صورت

تعذر شـرط صـحیح می باشد. بنابراین، وقتی دو التزام وجود دارد و مالک اصـلی، التزام دوم را نمی پذیرد، ضرری به اصل بیع (التزام اول) وارد نمی شود و بیع صحیح خواهد بود. این فرمایش آقای نائینی بود. (۲)

۱- مصباح الفقاهه، سید ابوالقاسم خویی، ج ۴، ص ۲۳۱.

۲- منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، موسی نجفی خوانساری، ج ۱، ص ۲۵۹.

نقد آقای خوئی بر فرمایش مرحوم نائینی

آقای خوئی در ادامه می فرمایند که فرمایش آقای نائینی مبنی بر اینکه شرط در اینجا طبق اصطلاح فقهاء به معنای التزامٌ فی التزام است، فرمایش درستی است، ولی این عبارت نیاز به یک توضیحی دارد که بر اساس این توضیح، نتیجه غیر از آن چیزی خواهد شد که آقای نائینی نتیجه گیری کرده است. این توضیح عبارت از این است که معنای عبارت «التزامٌ فی التزام» تعدد التزام نیست که یکی از آن دو مقبول و دیگری مردود باشد، زیرا اگر دو التزام داشته باشیم، صرف تقارن التزامین وجوب وفا نخواهد داشت مثل اینکه شخصی وعده ای بدهد که به جهت یک طرفه بودن التزام، نه وجوب وفا ندارد و نه مسئله ی خیار در آن مطرح است.

در اینجا ما دو التزام داریم که مرتبط به هم هستند و معنای لغویِ شرط هم متناسب با همین معنای ارتباط است، زیرا به بندی که قسمت های مختلف لباس را به هم متصل می کند، شریطه گفته می شود و شرط هم در اینجا طبق معنای لغوی به معنای ارتباط دادن بین دو شیء است و به همین اعتبار در اینجا شرط اطلاق می گردد. پس این التزام ها مرتبط با هم هستند و نحوه ی ارتباطش هم عبارت از این است که وقتی شخص عقدی را انجام می دهد و شرطی هم می کند، در خود بیع تعلیقی وجود ندارد، ولی التزام به فسخ نکردن عقد معلق بر چیزی است که به عنوان شرط ذکر شده است، یعنی شرط معلقٌ علیه التزام است و قهراً نسبت به عقد هیچ تعلیقی در کار نیست، بلکه فسخ نشدن بیع معلق به تحقق شرط است. بنابراین، اگر شرط محقق نشد، هر چند بیع واقع شده است، ولی شخص ملتزم به آن نیست و خیار فسخ دارد و این مورد عبارةٌ اخرای از جعل خیار در موارد شروط است و اینکه فقهاء می گویند: تخلف شرط خیار می آورد، نکته اش همین است که معنای شرط به جعل خیار برگشت می کند و شخص التزام را معلق به چیزی کرده است که اگر محقق نشد، می تواند ملتزم به عقد نماند. قهراً طبق این توضیحی که بیان شد، با عدم تحقق شرط، بیع بر جای خود باقی است، منتهی شخص اختیار دارد که ملتزم به عقد بماند یا آن را فسخ کند و این یک نوع جعل خیار است. حال باید دید طبق این معنی، آیا اختلاف بین اجازه و عقد در شرطی که مالک آن را قبول نکرده، موجب بطلان است یا نه.

ایشان می فرمایند: بعد از این توضیحات، روشن شد که بیع دو قسم دارد: یک قسم بیع خیاری و یک قسم هم بیع بلاشرط و لازم. قهراً وقتی بیع بر دو قسم شد، باید اجازه هم مطابق با همان قسمی باشد که توسط فضولی واقع شده است و در اینجا هم با توجه تخالف این دو از یکدیگر، عقد باطل می شود و لذا حق با مرحوم شیخ انصاری است، نه با شیخنا الاستاذ آقای نائینی.

بعد هم در ادامه می فرمایند که نباید این مورد را به مواردی مانند تخالف در جزئیت و کلیت و تعذر شرط- که صحیح هستند- قیاس کنیم. ایشان می گوید که ما هم آن موارد را صحیح می دانیم، ولی در اینجا قائل به بطلان هستیم.

در جایی که تعذر تکوینی خارجی شده است، طرفین راضی به این شده اند که عقد باقی بماند و از بین نرود و لذا هر چند شرط متعذر است، ولی عقد بر جای خود باقی است، ولی در مانحن فیه، نظریه ی مالک و نظریه ی اصیلی که با فضولی قرار بسته است، یکسان نیست، زیرا اصیل بر اساس شرط با فضولی قرار بسته است، ولی مالک بدون شرط اجازه داده است و قهراً نظر اصیل بر عقد خیاری و نظر مالک بر عقد غیر خیاری است. و با توجه به این که در اینجا این دو با هم توافق ندارند، نمی توان این صورت را به صورت تعذر شرط قیاس کرد.

و اما علت اینکه ما در تخالف جزء و کل قائل به صحت شده و در مورد بحث قائل به بطلان شدیم، عبارت از این است که بیع کل به بیع اجزاء انحلال پیدا می کند، منتهی بیع اجزاء مشروط به جزء دیگر است، مثل همه ی اوامری که به مرکبات تعلق می گیرد مانند امر به نماز که انحلال پیدا می کند به امر به رکوع و سجود و ... منتهی مشروط به انضمام اجزاء دیگر.

ص: ۶۴۲

بنـابراین، مشـروط بودن اجزاء در بیع کل، بعـد از انحلال هم هست و چون گفتیم که شـرط در این گونه موارد به معنای جعل خیـار است، معنـایش این است که نقل و انتقال روی اجزاء جعل شـده است، منتهی به نحو خیاری و کأنّ طبق انحلال، بیع های متعـددی روی اجزاء واقع شـده است، منتهی مشـروطاً به جزء دیگر. و فضولی و مالـک و اصـیل بر این معنای انحلالی مشـروط توافق کرده انـد و اختلافی نسـبت به جزء در کـار نیست و لـذا بر اساس این توافق، معامله صـحیح است، منتهی به جهت جعل خیار – که لازمه ی اشتراط است- اختیار فسخ وجود دارد.

ولی در ما نحن فیه، بین مالک و اصـیل اختلاف وجود دارد، زیرا اصـیل با عقـد خیاری موافقت کرده است، ولی مالک با عقد لازم موافقت کرده است و این دو در مقابـل هم است. بنـابراین، در اینجا بایـد قائل به بطلان شویم کما اینکه مرحوم شـیخ هم این مورد را باطل دانسته است، ولی در صورت اختلاف کل و جزء این طور نیست و به جهت انحلال معامله صحیح است.

فرمایش آقای خویی در کتاب الاجاره: این فرمایشـی است که ایشان (آقای خوئی) در اینجا دارد، ولی در کتاب الاجاره خیلی مفصـل راجع به این موضوع بحث کرده است و برای شـرط چهـار معنی ذکر کرده است که معنـای چهـارم مورد بحث مـا می باشد.

البته ما نمی خواهیم وارد بحث اقسام شـروط شویم و به نظر ما بعضـی از اقسام به بعض دیگر رجوع می کند و قهراً اقسام شرط چهار قسم نیست، ولی ایشان برای اقسام شرط چهار عنوان ذکر کرده است. ایشان در باب اجاره می فرمایند که شرط به معنای چهـارم که عبارت از التزامٌ فی التزام است، در عقود و ایقاعات مطرح است. و اسـتعمال شـرط در دو جا وجود دارد و دو نحوه تعلیق داریم:

ص: ۶۴۳

تعلیق الالتزام: در خیلی مواقع، التزام را معلق به یک امری می کنند که در اختیار شخص نیست مثل اینکه عبد را به شرط کتابت بخرد و بفروشد. در این صورت، التزام به معامله معلق به این است که عبد کاتب باشد و اگر کاتب نبود، شخص خیار فسخ دارد و می تواند معامله را به هم بزند.

التعلیق علی الالتزام: گاهی هم در بعضی از موارد تعلیق علی الالتزام است مثل اینکه شخص عقد بیع یا ایقاع را معلق به التزام طرف مقابل می کند.

آقای خوئی در کتاب البیع – که مباحث قدیمی ایشان است- مانند استادش به طور کلی در صورت تعلیق حکم به بطلان کرده است، ولی در اینجا (کتاب الاجاره) قائل به یک معنای صحیح تری شده و می گوید که در بعضی از جاها حتی اگر خود عقد هم معلق بر چیزی باشد، اشکالی ندارد.

قبلاً در مباحث مرحوم شیخ هم خواندیم که اقسام مختلفی برای تعلیق ذکر شده بود و در برخی موارد، تعلیق نسبت به یک امر حالی و مقطوع الحصول است که اشکالی ندارد مثل اینکه شخص بگوید: اگر امروز روز جمعه باشد، من این چیز را به شما فروختم، و روز جمعه هم هست. این تعلیق به جهت قطعی الحصول بودن معلق علیه کلاـتعلیق است و ضرری به عقد نمی رساند. گاهی هم تعلیق بیع نسبت به التزام طرف مقابل است و در هنگام قرار هم این التزام حاصل است و لذا چنین تعلیقی هم اشکال ندارد و مانع صحت عقد نیست. (۱)

ص: ۶۴۴

۱- موسوعه الإمام الخوئی، سید ابوالقاسم خویی، ج ۳۰، ص ۸۵.

نقد کلام آقای خویی

عرض ما نسبت به فرمایش ایشان عبارت از این است که ایشان این دو صورت را در قسم چهارم در نظر گرفته است و معنایش این است که ایشان قائل به اشتراک معنوی بین او دو صورت هستند، ولی عرف متعارف چه جامعی را بین این دو مورد در نظر می گیرد؟ بین تعلیقُ التزام و التعلیق علی الالتزام چه معنای جامعی اراده شده است که به اختلاف مصادیقش اختلاف پیدا کند؟ اگر شما تعلیق الالتزام و التعلیق علی الالتزام را به عرف متعارف عرض کنید، چه جامعی از این می فهمد؟

آنچه که به نظر می رسد، عبارت از این است که شروط در این مواردی که ذکر می شود، گاهی به معنای تعلیق است مثل این که شخص می گوید: من به این شرط این شیء را به تو می فروشم، یعنی اگر این شرط محقق نشد، قبول ندارم، گاهی هم شرط به معنای الزام و التزام است مثل اینکه گفته می شود: «شرط الله قبل شرطکم» به این معنی که خود یا طرف مقابل را الزام به کاری بکنند. بنابراین شرط در این گونه موارد که محل ابتلاء است، یا به معنای تعلیق است یا به معنای الزام. البته شرط معانی دیگری هم دارد که در جای خود از آن بحث می شود.

اختلاف عقد و اجازه در مطلق و مشروط بودن ۹۳/۱۲/۱۲

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: اختلاف عقد و اجازه در مطلق و مشروط بودن

عناوین مطالب این جلسه:

۱ – تناقض بین فرمایشات مرحوم آقای خویی در صورت بیع فضولی مشروط و اجازه دادن بدون شرط.

ص: ۶۴۵

۲ – بیع فضولی مطلق و اجازه دادن مشروط.

۳ – اختلاف بین عاقد و مجیز در خیاری یا غیرخیاری بودن عقد.

۴ – تعلیق بر امر حالی.

برخی تناقضات در فرمایشات آقای خوئی

آقای خوئی – طبق آنچه که در تقریرات ایشان است – در موارد مختلف بیاناتی دارند که ما نمی توانیم بین آنها جمع کنیم. یکی از فرمایشات ایشان عبارت از این بود که تعلیق در عقود باطل است و بعد هم فرمودند که التزام را معلق به یک شیئی می کنند، نه خود بیع را، زیرا تعلیق در خود بیع بالاجماع باطل است. ایشان در اینجا و در باب اجاره به این مطلب تصریح کرده اند (۱) ، ولی خود ایشان در بحث تعلیق می فرمایند که تعلیق در بیع اشکالی ندارد و اجماع را هم قبول نکرده و در آن مناقشه می

کنند.

عبـارت ایشـان این است: «فالمتحصّـِل من جمیع ذلـک: أنّ التنجیز غیر معتبر فی العقود وإن کـان الاحتیـاط ممّا لا ینبغی ترکه». نسبت به اجماع هم قبلاً اشکال کرده اند. بنابراین فرمایشات ایشان متناقض است.

بعـد هم ایشان در تفسـیر کلمه ی شـرط به لغت تمسک می کننـد و پیـداست می خواهند معنای متناسب با لغوی شـرط را بیان کنند ولی در ادامه تفسیری برای آن بیان می کنند که فقهای متخصص هم نوعاً چیزی تفسیری را نمی دانند.

ایشان این معنی را بر گردن عرف و عوام می اندازند که آنها در هنگام استعمال الفاظ، به این حکم شرعی علم دارند که تعلیق در عقود باطـل است و از این عبـارت ها معنای تعلیق الالتزام یا تعلیق علی الالتزام اسـتفاده می شود، در حالی که خیلی از فقهاء هم در این مسئله گیر کرده اند و برخی از فرمایشات ایشان هم بر خلاف این مطلب است و ما نمی دانیم چطور ایشان این معنی را بر گردن عرف گذاشـته و می گویـد که چون معنای شَـرَط (تعلیق) شـرعاً باطل است، پس مراد از این کلمه یا تعلیق الالتزام است و یا تعلیق علی الالتزام.

ص: ۶۴۶

۱- موسوعه الإمام الخوئی، سید ابوالقاسم خویی، ج ۳۰، ص ۸۵.

بعد ایشان در کتاب الاجاره می فرمایند که لفظ (شرط) برای جامع وضع شده است که یکی از مصادیقش تعلیق الالتزام است و مصداق دیگرش هم تعلیق علی الالتزام است. ما هم عرض کردیم که در عرف چنین جامعی بین تعلیق الالتزام و تعلیق علی الالتزام متفاهم نیست. علاوه بر این، ایشان بعد از اینکه می فرماید: لفظ برای جامع وضع شده است، به این مطلب اشاره می نماید که اگر شخصی بگوید: من خانه را فروختم منتهی به شرط خیاطت، از این کلمه ی شرط، مجموع الامرین اراده شده است، هم تعلیق الالتزام و هم تعلیق علی الالتزام. تعبیر ایشان این است که مجموع اراده شده است، نه جامع، و لذا ما نمی توانیم بین فرمایشات مختلف ایشان جمع کنیم و بیانات ایشان روشن نیست.

عقد فضولی بدون شرط، ولی اجازه ی مالک با شرط

«و لو أوقع العقد علی شرط فأجازه المالک مجرّداً عن الشرط، فالأقوی عدم الجواز...و لو انعکس الأمر، بأن عقد الفضولی مجرّداً عن الشرط و أجاز المالک مشروطاً، ففی صحّه الإجازه مع الشرط إذا رضی به الأصیل...أو بدون الشرط؛ لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلّا إذا وقع فی حیّز العقد...أو بطلانها؛ لأنّه إذا لغی الشرط لغی المشروط؛ لکون المجموع التزاماً واحداً، وجوه، أقواها الأخیر» (۱) .

ایشان فرمودند که اگر فضولی عقدی را به صورت مشروط انجام داده باشد –که به عقد خیاری برگشت می کند- ولی مالکِ مجیز بی شرط امضاء کرده باشد، با توجه به عدم تطابق بین ایجاب و قبول، این اجازه باطل است و اثری ندارد. مسئله ی دیگر عکس این مسئله است، یعنی فضولی با اصیل عقدی را بدون شرط اجراء کرده اند، ولی مالک با شرط اجازه داده و مثلاً می گوید: من حاضرم خانه را به طرف مقابل بفروشم، ولی به شرط اینکه یک خیاطتی هم برای من انجام بدهد. حال باید دید که این مسئله چه حکمی دارد.

ص: ۶۴۷

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۳۰.

احتمالات مختلف در مسئله

احتمال اول: در صورت رضایت و موافقت اصیل، عقد با شرط صحیح است، مثل اینکه مالک بعد از اینکه فضولی خانه را به اصیل فروخته است، می گوید: من حاضرم این خانه را بفروشم، ولی به شرط اینکه مشتری یک خیاطتی هم برای من انجام بدهد. مشتری هم راضی به این شرط شده و لذا عقد صحیح می باشد. بنابراین یک صورت عبارت از این است که بگوییم: این عقد با شرط فیما رضی به الاصیل صحیح است.

احتمال دوم: اصل معامله صحیح است، ولی شرطش باطل است، زیرا این شرط، یک شرط ابتدایی است و مورد توافق طرفین نبوده است و فقط اصل التزام مورد توافق طرفین بوده است و قبول می شود، اما آن التزامی که یک طرفی است، قبول نمی شود. پس بنابراین باید بین شرط و اصل عقد قائل به تفصیل شویم.

احتمال سوم: هر دو باطل است، زیرا عقد اول بدون خیار است، ولی عقدی که مالک نسبت به آن اجازه داده است، با توجه به وجود شرط، خیاری است و کأنّ طرف ایجاب غیرخیاری است، ولی اجازه ی مالک نسبت به عقد خیاری است و در اینجا تطابقی بین این دو نیست و قهراً هر دو باطل است.

فرمایش مرحوم آقای خویی

مرحوم آقای خویی می فرمایند که شیخ انصاری بطلان را اقرب دانسته است، ولی ما صحت را اقرب می دانیم، زیرا اولا: اینکه از قاموس و امثال آن استفاده می شود که شرط ابتدائی باطل است، مربوط به اینجا نیست. و ثانیا: شرط در اینجا شرط ابتدایی نیست و «المؤمنون عند شروطهم» شامل شرط ابتدایی نمی شود ولی شرطی که ضمنی باشد را شامل می شود و در اینجا فرض این است که این جعل خیاری که مالک مجیز می خواهد بکند، در ضمن عقد است و التزامی است که مرتبط به التزام دیگری است و این طور نیست که این التزام غیر مرتبط باشد تا ما بگوییم که شرط، شرط ابتدائی است. بنابراین، از ناحیه ی شرط ابتدائی بودن اشکالی نیست.

ص: ۶۴۸

و چون اصیل نسبت به شرط ضمنی که مالک بر علیه او کرده، رضایت داده، ولو اینکه این شرط در ایجاب ابتدایی او نبوده، اما توافق بعدی او کفایت می کند. و هر چند حدوثاً رضایت اصیل نسبت به این شرط وجود نداشته، ولی بقاءً رضایت او حاصل شده و مالک و اصیل نسبت به شرط با هم توافق کرده اند و در نتیجه یک معامله ی مشروط واقع شده است. و اشکالی از این جهت وجود ندارد. بنابراین ما حکم به صحت می کنیم. (۱)

نقد فرمایش آقای خوئی

عرض ما نسبت به فرمایش ایشان این است که چرا ایشان در فرض قبلی که اشتراط از ناحیه ی فضولی و مالک اصیل بود، اجازه را مطلقاً باطل دانستند، ولی در این مسئله که اشتراط از ناحیه ی مالک مجیز است، قائل به صحت هستند. اگر در این مسئله بگوییم که «إذا رضی به الاصیل»، عقد صحیح است، در مسئله ی قبلی هم می توانیم بگوییم که «إذا رضی به المالک» عقد صحیح است، زیرا گاهی ممکن است که مالک نسبت به عقد اجازه داده باشد و بعد وقتی متوجه شرط شده، نسبت به آن هم توافق کرده باشد. یا اینکه ابتداءً وقتی متوجه شرط شده است، آن را ردّ کرده باشد، ولی بعد از تأمل راضی به شرط شده و موافقت کند. حتی خود ایشان در باب اجازه می گویند که در صورت ردّ هم صلاحیت توافق بعدی وجود دارد. خلاصه ما علت تفکیک ایشان بین این دو مسئله را نمی فهمیم و نمی دانیم چطور چنین تفکیکی منطبق بر قواعد است.

۱- مصباح الفقاهه (المکاسب)، سید ابوالقاسم خویی، ج ۴، ص ۲۴۱.

اختلاف بین عاقد و مجیز در خیاری یا غیرخیاری بودن عقد

و اما بحث دیگر راجع به این است که اختلاف بین عاقد و مجیز در خیاری یا غیرخیاری بودن عقد، چطور منشأ بطلان می شود. البته اینکه بعداً توافقی حاصل شود، بحث دیگری است، ولی درجایی که توافق نکنند، باید ببینیم که آیا اختلاف بین این دو موجب بطلان عقد می شود یا نه؟ اگر عقدی بین مالک و مشتری واقع شد، در حالی که یکی از این دو می داند که شرعاً خیار دارند، ولی دیگری علم به این حکم ندارد، آیا این عقد باطل است؟ اگر طرفین نقل و انتقال و معاوضه را قصد کرده باشند، در حالی که یکی از این دو حکم شرعی را می داند، ولی دیگری نمی داند، آیا معامله باطل خواهد بود؟ آیا باید طرفینی که در معامله ایجاب و قبول را انجام می دهند، (غیر از بحث مجیز) باید مسئله ی شرعی جواز عقد را بدانند تا عقد صحیح باشد؟

به نظر می رسد که چنین چیزی معتبر نباشد و اگر هر دو نسبت به اصل معامله رضایت داشته باشند، ولی اعتقاد یکی از طرفین نسبت به حکم شرعی عقد، بر خلاف اعتقاد دیگری باشد، اشکالی وجود نخواهد داشت.

در مساله ی اول (یعنی اصیل با فضولی عقد مشروط خوانده بود و مجیز عقد را بدون شرط اجازه داد بود) ایشان قائل به بطلان و تباین بودند. حالا اگر هیچ توافقی هم در کار نبود و فضولی با شرط عقد را خوانده بود و لازمه این فرض هم بر این بود که دو التزام وجود دارد: یکی اصل العقد است و دیگری هم عبارت از التزام دوم مثلاً خیاطت است و طرفین هم نسبت به اصل عقد موافقت کرده اند، ولی یکی از این دو جعل خیار کرده است و دیگری جعل خیار نکرده است، در این جا حکم شرعی این دو با هم تفاوت می کند، چرا باید این دو را باطل بدانیم! با این که هر دو قصد معاوضه داشته و یک چیز را قصد کرده اند منتها یک طرف، یک انشاء دیگری را منضم کرده که دیگری آن را قبول نکرده است و اگر این شرط صحیح باشد حکمی دارد و اگر نباشد حکم دیگری دارد چرا این ها باطل باشد.

ص: ۶۵۰

بنـابراین ما می گوئیم هر دو صـحیح است، منتهی از جهت عقلائی، با توجه به اینکه شـخص به ضـمیمه ی التزام دیگری اقـدام کرده است،ماننـد خیـاطت در بیع خـانه، از این جهت اختیـار فسـخ دارد و به نظر می رسـد که این مقـدار از تخـالف اشـکالی نداشته باشد.

به طور کلی، در خیلی از مواقع شـرایط به نحو وحـدت مطلوب است و گـاهی اینطور نیست مثلاًـ شـخص عبـدی را می خرد و کاری به نفس مالکیت ندارد، بلکه عبدی را می خواهد بخرد که کتابت می داند و اصلاً به عقد عبد فاقد کتابت راضی نیست.

ایشـان می گویـد که متفاهم از شـرط، تعلیق است و چون تعلیق باطل است، بایـد شـرط را به معنای دیگری تفسـیر بکنیم، ولی عرض ما این است که شـرط به حسب متعارف دو معنی دارد: یکی عبارت از همان تعلیق است که شخص بدون آن اصلاً عقد را نمی خواهد، دیگری هم عبارت از الزام طرف مقابل به انجام کاری است، مثل اینکه گفته می شود: «شرط الله قبل شرطکم».

بنابراین، به نظر می رسـد که شـرط در جای که به نحو وحـدت مطلوب باشد، به معنای تعلیق بوده و باطل است، ولی در جایی که معنای الزام داشته باشد، تعلیقی در کار نیست و لذا صحیح است.

تعلیق بر امر حالی

یک نکته ی جالب در فرمایش آقای خوئی عبارت از این است که ایشان در صحت تعلیق علی الالتزام می فرمایند که در اینجا تعلیق بر امر حالی است و اشـکالی ندارد از عبارت ایشان اسـتفاده می شود که تعلیق بر امر حالی اشـکالی ندارد ولو این که امر حالی غیر یقینی باشـد چون ایشان می فرمایـد یا او قبول می کنـد و ملتزم می شود که عقـد واقع می شود و یا قبول نمی کنـد و اگر نشد موضوع عقد از بین رفته است و فرض مساله را این گونه فرض نکرده اند که این هم یقین دارد که او ملتزم می شود و می گوید این تعلیقی است بر التزام و التزام هم امر حالی است. البته این حالی بودن هم به صورت مسامحی است، زیرا اول باید این شـخص بگوید، بعد او بشـنود. به هر حال، طبق فرمایش ایشان، حالی بودن اعم از حقیقی و مسامحی، موجب صحت تعلیق می شود، در حالی که از شـیخ ادعای اجماع بر بطلان شده است و حالی مشکوک را مورد اجماع دانسته اند، ولی ایشان حالی مشـکوک را صـحیح دانسـته است. ولی در جایی مثل فروش عبـد به شـرط کتابت، می فرماید که اگر خود عقد معلق به شـرط باشد تعلیق لازم می آید و لذا عقد باطل است، در حالی که در اینجا هم تعلیق به یک امر حالی تعلق گرفته است و عبد الان یا کـاتب است یـا کـاتب نیست و بر خلاـف مورد قبلی، حـالی بودن در اینجـا به صورت مسـامحی هم نیست، بلکه حقیقی است. ایشان در اینجا می گوینـد که عقـد از اول باطل است، چه کاتب باشد و چه کاتب نباشد، در حالی که در مسـئله ی تعلیق علی الاـلتزام حکم به صـحت می کننـد و اگر حـالی بودن ولو به صورت مشـکوک کـافی در صـحت تعلیق باشـد، به طریق اولی و بالاولویه باید حالی بودن حقیقی (مثل فروش عبد به شرط کتابت) کافی در صحت تعلیق باشد.

ص: ۶۵۱

آقای خوئی می گوید که تعلیق در تعلیق علی الالتزام بر یک امر حالی است نه بر امری که صحت عمل متوقف بر آن است.

خلاصه اینکه ما نتوانستیم بین فرمایشات مختلف آقای خوئی جمع کنیم و محصّل عرض ما هم عبارت از همین است که گاهی شرط به معنای تعلیق است که هر مقدار از آن مورد اجماع باشد، باطل می شود و هر مقدار که مورد اجماع نبود، حکم به صحت می شود. گاهی هم شرط به معنای الزام است و تعلیقی در کار نیست که این صورت اشکالی ندارد و باید ببینیم که طبق قرائن کدام یک از این دو معلوم می شود.

شرایط معتبر در مجیز ۹۳/۱۲/۱۶

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: شرایط معتبر در مجیز

عناوین این جلسه: شرط اول مجیز: جواز تصرف. شرط دوم: وجود مجیز هنگام عقد فضولی(کلام علامه- اشکال بیضاوی – دو تقریب فخر المحققین و سید عمید الدین برای کلام علامه - بحث لاضرر - جواب مرحوم شیخ و آقای خوئی به بحث لاضرر)

شرایط مجیز

شرط اول: جواز تصرف

«و أمّا القول فی المجیز فاستقصاؤه یتمّ ببیان أُمور: الأوّل: یشترط فی المجیز أن یکون حین الإجازه جائز التصرّف بالبلوغ و العقل و الرشد». (۱) بحث راجع شرایطی است که برای شخص مجیز معتبر است. یکی از شرایطی که برای مجیز معتبر است، عبارت از این است که مجیز جایزالتصرف باشد و صرف مالکیت در صحت اجازه کفایت نمی کند. بنابراین اگر کسی مالک چیزی باشد، ولی به جهت حق دیگران، حق تصرف در ملکش را نداشته باشد یا بچه یا سفیه یا مجنون باشد، در اینجا ذاتاً صلاحیت تصرف ندارد و با توجه به اینکه اجازه هم یکی از مصادیق تصرف است، اجازه ی او صحیح نخواهد بود.

ص: ۶۵۲

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۳۱.

شرط دوم: وجود مجیز هنگام عقد فضولی

«الثانی: هل یشترط فی صحّه عقد الفضولی وجود مجیزٍ حین العقد». (۱) یکی از شرایطی که در بین سنی و شیعه مطرح بوده و اصل آن از سنی ها است، عبارت از این است که در هنگام عقد فضولی، باید مجیز موجود باشد و لذا اگر در وقت عقد مجیزی وجود نداشته باشد و بعداً وجود پیدا کند، این اجازه بی فایده خواهد بود.

نظر ابوحنیفه و بعضی از شافعیه

این یک مطلبی است که علامه در تذکره از ابوحنیفه نقل کرده است و همچنین با تعبیر به «قولٌ للشافعیه» می فرماید که بعضی از شافعیه هم مطابق قول ابوحنیفه نظر داده اند. مبنای قدیم شافعی این بوده که عقد فضولی صحت شأنی دارد و قابل تصحیح است، ولی در نظر جدیدش قائل به بطلان فضولی شده است. بعضی از شافعیه هم بر اساس نظر قدیم شافعی گفته اند که در مجیز چنین چیزی شرط است که موافق قول ابوحنیفه است. این بحث قدیم و جدید مربوط به شافعی است. و مسلک ابوحنیفه این است که عقد فضولی صحیح است. (۲)

بنابراین، آن بعضی که قائل به اشتراط چنین چیزی شده اند، بنابر مبنای قدیم شافعی است، ولی ما نمی دانیم که آیا همه ی شافعیه به این معنی قائلند یا فقط آن شافعی شخصاً بر اساس مبنای قدیم به چنین چیزی قائل می باشد؟ این مطلب خیلی روشن نیست.

قول علامه در تذکره و قواعد

۱- همان.

۲- تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)، علامه حلی، ج ۱۰، ص ۱۵.

به هر حال اصل این مسئله در بین سنی ها مطرح بوده است و در میان امامیه هم طبق نقل، اولین کسی که این مطلب را عنوان کرده، علامه بوده است. در کتاب تذکره فقط این مسئله را نقل قول کرده، بدون اینکه اثباتاً و نفیاً اظهار نظری کرده باشد. در کتاب قواعد هم تعبیر می کند ک ه «اقرب این است که در باب فضولی، اشتراط وجود مجیز معتبر است علی اشکالٍ». (۱) در خیلی از موارد تعبیر به «علی اشکالٍ» می شود، این تعبیر فتوی نسبت به مطلب قبلی است، منتهی یک فتوایی است که کمی إن قلت و قلت هم دارد، ولی روی هم رفته می شود آن را ترجیح داد، منتهی مسئله خیلی صاف نیست.

اشکال بیضاوی بر قول علامه

از بیضاوی نقل شده که به این مطلب علامه اشکال کرده و می گوید: این تفریع شما درست نیست که بگویید: «چون چنین چیزی در مجیز شرط است، بنابراین شخص نابالغ که باید از ولیش اجازه می گرفت، اگر خودش استبداد به خرج داد و عقد خواند این عقد، فضولی است و بعد از بلوغ که صلاحیت پیدا کرد فایده ای ندارد به جهت عدم صلاحیت حین العقد. یا اگر ولی بدون رعایت مصلحت، فضولتاً عقدی انجام داد و بعداً مصلحتی پیدا شد، در این صورت هم عقد به جهت فقدان شرط مذکور، درست نیست».

بیضاوی به این فرمایش علامه اشکال کرده و می گوید: این تفریع، تفریع درستی نیست. زیرا بر اساس مبنای امامیه، همیشه یک امامی وجود دارد که صلاحیت اجازه را دارد و لذا طبق این مبنی اگر شخص فضولی عقدی به جا آورده و مثلاً مال یتیمی را بفروشد، نمی توان گفت که این عقد به جهت اعتبار اشتراط وجود مجیز صالح، باطل است.

ص: ۶۵۴

۱- قواعد الأحکام، علامه حلی، ج ۲، ص ۱۹.

جواب از اشکال بیضاوی

در جواب از این اشکال مطالبی بیان شده است ولی جواب درستی که مرحوم شیخ هم قبول کرده، جوابی است که فخر المحققین داده و به تبع ایشان، محقق ثانی بیان کرده است. (۱) و آن جواب این است که هر چند به اعتقاد امامیه، همیشه شخصی که عارف به امور باشد، وجود دارد، ولی آنچه که در مجیز معتبر است، صلاحیت اجازه است و لذا اگر ولی بخواهد مال یتیم را ارزان بفروشد، با توجه به اینکه این کار بر خلاف مصلحت یتیم است، حتی امام معصوم علیه السلام هم نمی تواند نسبت به چنین عقدی اجازه بدهد. بنابراین حتی با وجود امام هم عدم صلاحیت اجازه قابل تصویر هست. (۲)

دو تقریب برای کلام علامه

علامه این اشتراط را اقرب ذکر کرده است، ولی با تعبیر به «علی اشکالٍ»، احتمال خلاف را هم داده است.

در میان شرح هایی که بر قواعد نوشته شده است، دو شرح قدیمی داریم که یکی ایضاح فخرالمحققین، پسر علامه است، دیگری هم کنزالفوائد نوشته ی همشیره زاده علامه، سید عمیدالدین است.

در هر کدام از این دو شرح، اقرب بودن این اشتراط به یک بیانی توجیه شده است. البته فخرالمحققین این مطلب را رد کرده است، ولی سید عمیدالدین، مطلب را ردّ نکرده است و محقق ثانی هم با یک تغییر جزئی در عبارت این دو بزرگوار، جواب را بیان کرده است.

ص: ۶۵۵

۱- جامع المقاصد فی شرح القواعد، محقق کرکی، ج ۴، ص ۷۲.
۲- إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، فخر المحققین، ج ۱، ص ۴۱۸.

تقریب فخرالمحققین

فخر المحققین: «مراد از این صحت شأنیه ای که ما قائل به آن هستیم، شأنیت دور نیست، بلکه مقصود کسانی که قائل به صحت فضولی هستند، شأنیت نزدیک است. و لذا قائلین به صحت می گویند که باید همه ی شرایط دیگر- غیر از مسئله ی اجازه- باشد و بعد باید ببینیم که آیا با اجازه تصحیح می شود یا نه؟ بنابراین، باید شأنیت قریب وجود داشته باشد و این شأنیت هم در جایی است که امکان اجازه باشد. و لذا اگر همه چیز درست شده باشد، ولی امکان اجازه نباشد، این شأنیت، شأنیت بعید است و قهراً شرایط اجازه مهیا نیست و فرضاً اگر هم بعداً اجازه ای بیاید، این اجازه فایده ندارد، زیرا شرط صحت اجازه عبارت از این بوده است که قبلاً در هنگام عقد چنین شأنیت قریبی وجود داشته باشد».

ردّ تقریب توسط فخر المحققین

فخر المحققین بعد از بیان تقریب، آن را رد کرده و می فرماید: اگر چنین چیز قریبی معتبر باشد، پس بنابراین تاریخ اجازه هم باید قریب به تاریخ عقد باشد، در حالی که قائلین به صحت فضولی می گویند که حتی اگر هم فاصله ی اجازه و عقد طولانی باشد، باز هم اجازه صحیح است و همین آقایان ملتزم نمی شوند که اجازه باید نزدیک عقد باشد. البته امور دیگر - لولا الاجازه- باید کامل باشد و فقط حالت منتظره راجع به اجازه وجود داشته باشد و اینکه اجازه اش دیر یا زود باشد، فرقی ندارد. فخرالمحققین این تقریب را ردّ می کند، منتهی در ادامه تعبیر نمی کند که پس بنابراین این شرط معتبر در صحت نیست، زیرا ایشان عقد فضولی را باطل می داند، ولی جامع المقاصد همین مطلب را با قدری تغییر نقل می کند.

ص: ۶۵۶

اشکال به فخر المحققین

ممکن است کسی به عبارت فخرالمحققین این طور اشکال کند که اقتران و نزدیک بودن اجازه معتبر نیست و حتی آنهایی هم که وجود مجیز در هنگام عقد را معتبر در صحت می دانند، در صورتی که مالك بگوید: من باید برای اجازه دادن فکر بکنم و بعد از مدت طولانی اجازه بدهد، این اجازه را صحیح می دانند. بنابراین، کسانی هم که وجود مجیز را در هنگام عقد معتبر می دانند، نظرشان به فعلیت اجازه و نزدیک بودن از جهت فعلیت نیست تا شما بگویید که زمان طولانی بین اجازه و عقد فاصله شده است، بلکه مقصود آنها اعتبار امکان اجازه است و لذا در صورتی که خود شخص اجازه را به تأخیر می اندازد، امکان اجازه به صورت متقارن با عقد وجود دارد و لذا واجد شرط بوده و اشکالی در آن نیست.

محقق کرکی در جامع المقاصد عبارت را عوض کرده و می فرماید که ممکن است مجیز در یک کشوری باشد و عاقد هم در کشور دیگری باشد و اصلاً امکان اجازه ی قریب نباشد و همین آقایانی هم که قائل به چنین اشتراطی در مجیز هستند، در چنین صورتی عقد را صحیح می دانند. بنابراین، چنین شأنیت قریب به فعلیتی معتبر نیست. (۱)

تقریب سید عمید الدین و بحث لاضرر

سید عمید الدین: «اگر چنین شرطی در مجیز نباشد، ضرر نسبت به اصیل خواهد بود، زیرا این اصیل تا کی باید منتظر بماند که به شخص صالح للمجیز دسترسی پیدا شود. بنابراین، عدم اشتراط چنین چیزی موجب اضرار به اصیل است و این اضرار هم با لا ضرر نفی شده است و لذا چنین چیزی صحیح نخواهد بود». ایشان ضرر را تقریب کرده است ولی لاضرر را جواب نداده است و فقط می فرماید: وجه احتمال دیگری که علامه داده و با «علی اشکال» به آن اشاره نموده است، این است که عمومات اولیه، صحت فضولی را اقتضاء می کند. البته ایشان به این نکته توجه نفرموده که اگر تقریب درست باشد،قاعده ی لاضرر نسبت به عمومات حکومت پیدا می کند.

ص: ۶۵۷

۱- جامع المقاصد فی شرح القواعد، محقق کرکی، ج ۴، ص ۷۲.

جواب مرحوم شیخ و آقای خوئی به بحث لاضرر

مرحوم شیخ می فرماید: همان طوری که در غیر مورد بحث، اگر مجیز صالحی در هنگام عقد بود، ولی اجازه ی او طول کشید و اصیل معطل شد، با خیار یا الزام مالک اصلی (مجیز) ضرر جبران می شود، در اینجا هم می توان ضرر را جبران کرد. (۱)

آقای خوئی هم ادعایشان این بود که اصلاً الزامی برای مالک اصلی وجود ندارد و اینطور نیست که مالک اصلی نتواند در ملک خودش -که هنوز از ملکش خارج نشده است- تصرف کند و لذا اگر می بیند که صبر کردن برای اجازه ی مجیز به ضرر اوست، می تواند ملکش را دوباره با کس دیگری مبادله بکند. (۲)

البته این بحثهایی که هم فخر المحققین و هم محقق کرکی در جامع المقاصد به آن پرداخته اند، خیلی ارتباطی به کلمات ابوحنیفه و بعض شافعیه و علامه ندارد و این طور نیست که این آقایان قائل به شأنیت قریب بوده و لذا در اینجا قائل به بطلان باشند. نظر اینها عبارت از این است که باید صلاحیت نقل و انتقال وجود داشته باشد به این نحو که اگر الان مجیز اجازه بدهد، نقل و انتقالی حاصل بشود. در جایی که شخص صلاحیت فروش مال طفل را ندارد، اگر اجازه داده بشود، فایده ندارد، زیرا صلاحیت اجازه نیست. البته گاهی اوقات صلاحیت اجازه هست، ولی اجازه طول می کشد و فاصله زمانی بین عقد و اجازه وجود دارد، ولی گاهی اوقات اصلاً صلاحیتی در نیست.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۳۱.

۲- مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۴، ص ۲۴۸.

اینها می خواهند بگویند که «أوفوا بالعقود» و سایر ادله ای که هست، نقل و انتقال در زمان عقد را اثبات می کند و تکیه ی سابقین بیشتر بر روی کشف بود و لذا می خواستند که با «أوفوا بالعقود» مطلب را اثبات بکنند. «أوفوا بالعقود» (۱) هم در جایی جاری می شود که نقل و انتقال در همان حدود عقد باشد، (البته وجود برخی تشریفات در بعضی موارد منافاتی ندارد) و لذا در جایی که نقل و انتقالی نیست و باید منتظر بمانیم تا ببینیم که در آینده چه اتفاقی می افتد، اصلاً «أوفوا بالعقود» شامل این موارد نمی شود. فرمایش این آقایان عبارت از این است و لذا با مواردی مثل اینکه اجازه دیر بیاید و یا به جهت بُعد مکانی امکان اجازه وجود نداشته باشد، نمی توانیم بر نظر این آقایان نقض وارد کنیم.

وجود مجیز صالح حین العقد ۹۳/۱۲/۱۷

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: وجود مجیز صالح حین العقد

عناوین: عبارت صاحب جواهر در مورد شرط وجود مجیز صالح حین العقد - وقوع جابجایی در عبارت جواهر - اختلاف در طرح مسأله بین علامه و مرحوم شیخ - حکم مسئله طبق مبنای مرحوم آخوند - چگونگی کاشفیت در صورت عدم صلاحیت مجیز حین العقد - بررسی فرمایش آقای خویی

عبارت صاحب جواهر در مورد شرط وجود مجیز صالح حین العقد

بحث در این مسئله بود که بعضی ها یکی از شرایط صحت اجازه را، وجود مجیز واجد صلاحیت در هنگام عقد دانسته اند. صاحب جواهر این بحث را متفاوت از مرحوم شیخ در مکاسب عنوان کرده است. آنچه که صاحب جواهر بیان کرده است، مطابق با چیزی است که در تذکره (۲) و قواعد (۳) عنوان شده است، ولی مرحوم شیخ عنوان مسئله را تغییر داده و به فرض دیگری قائل شده است. (۴) ما هم این مسئله را آن طور که صاحب جواهر عنوان نموده و مطابق با اصل کتب قوم است، بیان می کنیم که آیا شرط صحت اجازه عبارت از این است که در هنگام عقد مجیزی باشد یا چنین شرطی معتبر نیست؟ مثالی که برای این مسئله زده شده این است که شخص فضولی عقدی را برای صغیر یا صغیره انجام داده و سپس این صغیر یا صغیره بزرگ شده و نسبت به این عقد اجازه می دهد. اگر ما در صحت اجازه، وجود یک فرد صالح للاجازه را در هنگام عقد شرط بدانیم، در این مثال عقد باطل است، ولی اگر چنین چیزی را شرط ندانیم، این عقد و اجازه محکوم به صحت می باشد. این عنوان مسئله در جواهر و قواعد و تذکره است، البته ظاهر عنوان بحث در جواهر با تفریعی که بعد ذکر شده است یک نحوه تخالف ظاهری دارد. عبارت این است: «ففی القواعد الأقرب اشتراط کون العقد له مجیز فی الحال». از این عبارت استفاده نمی شود که این شرط برای چیست، ولی از تفسیری که صاحب جواهر در ادامه ی عبارت بیان کرده است مسئله روشن می شود «ای فی صحه الفضولی». «فلو باع مال الطفل فبلغ و أجاز لم ینفذ علی إشکال»، فضولی مال طفل را فروخته و بعداً این طفل بالغ شده و اجازه داده است. بنا بر شرطیت، این معامله صحیح نیست، زیرا این شرط در هنگام عقد وجود نداشته است. «و کذا لو باع مال غیره ثم ملکه و أجاز». فضولی مثلاً یک قالی موجود در مغازه ی فرش فروشی را به زیدی که طالب خریدن این قالی است، می فروشد و سپس آن را از مغازه دار خریده و مالک می شود و نسبت به عقد فضولی سابق اجازه می دهد. در این

مثال هم بنا بر شرطیت، چنین اجازه ای به درد نمی خورد. (۵)

۱- مائده / ۱.

۲- تذکره الفقهاء، علامه حلی، ج ۱۰، ص ۱۵.

۳- قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام، علامه حلی، ج ۲، ص ۱۹.

۴- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۳۱.

۵- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، شیخ محمد حسن نجفی جواهری، ج ۲۲، ص ۲۹۷.

این دو مثالی که در اینجا ذکر شده است، در تذکره هم مورد اشاره قرار گرفته است و ظاهرش هم عبارت از این است که آن شخصی که می خواهد اجازه بدهد و عقد را تصحیح کند، باید حین العقد صلاحیت اجازه دادن و مجیز بودن را داشته باشد و لذا اگر این شخص حین العقد، فاقد صلاحیت باشد، ولی حین الاجازه، واجد صلاحیت شود، اجازه ی او فایده ای نخواهد داشت.

در مثال اول، در هنگام عقد، طفل صلاحیت عاقدیت را ندارد، ولی بعد از بالغ شدن صلاحیت اجازه را پیدا نموده است، منتهی واجد شدن صلاحیت بعد از عقد و در هنگام اجازه کافی نیست و کأنّ کسی که می خواهد اجازه بدهد، باید حین العقد هم این صلاحیت را داشته باشد.

در مثال دوم «کذا لو باع مال غیره ثم ملکه»، بعد از اینکه از مغازه دار خریده است، مالک شده و صلاحیت اجازه پیدا کرده است، ولی عقدی که قبل از مالک شدن و به صورت فضولی انجام داده است، صحیح نیست، زیرا در هنگام عقد صلاحیت مجیزیت نداشته است.

این مثال برای مسئله است، ولی ظاهر عبارت ایشان این نیست، زیرا کأنّ در دو فرضی که بیان شده است، مجیزی در کار نیست و بعداً پیدا می شود، در حالی که در مثال «باع ملک غیره»، در زمان عقد مجیز هست و همان صاحب مغازه مالک اصلی است و می تواند اجازه کند.

پرسش: نمی تواند اجازه دهد که این مال ملک فضولی شود؟ پاسخ: در مثال اول که حرفی نیست یعنی در مثال باع مال الطفل ثم بلغ چون ولی طفل می تواند بیع را اجازه دهد خود مجیز حق ندارد انجام دهد اما مالک یا ولی مالک بخواهد انجام دهد مشکلی ندارد و اگر بخواهد تفریع درست شود باید یک قیدی هم بزنیم که لو باع مال الطفل و این طفل، ولی هم ندارد و اگر بخواهد اجازه بدهد باید خود طفل اجازه بدهد و او هم که الان صلاحیت اجازه ندارد و بعد از بلوغ باید اجازه دهد.

نظر صاحب جواهر (نفی اشتراط با اطلاقات و روایت ابوعبیده حذاء)

صاحب جواهر در اینجا می فرمایند که چنین شرطی در صحت اجازه معتبر نیست، زیرا هم اطلاقات و عمومات این شرطیت را نفی می کند و هم روایت ابوعبیده حذاء که راجع به عقد فضولی صغیر و صغیره بود، دلالت بر عدم اشتراط دارد. در این روایت غیر ولی برای صغیر و صغیره عقدی را به صورت فضولی انجام داده است و بعداً اینها تدریجاً بزرگ شده و هر دو اجازه می دهند که این اجازه مصحح نکاح واقع شده است ، با اینکه این دو در وقت نکاح صغیر بودند و صلاحیت عاقدیت را نداشتند. خلاصه اینکه هم در مورد این روایت صحیحه، حکم به صحت شده است و هم اطلاقات و عمومات هم دلالت بر عدم اشتراط می کنند.

وقوع جابجایی در عبارت جواهر

در جواهر عبارتی هست که من خیال می کنم این عبارت پس و پیش شده و بد نوشته شده است والّا معنایی برای این عبارت نیست. بعد از اینکه صاحب جواهر عبارت قواعد را نقل می کند، از مرحوم شیخ جعفر کاشف الغطاء شارح قواعد نقل شده است که «و مراده بقرینه التفریع اعتبار کون المجیز له قابلیه الإجازه حین العقد»، یعنی در وقت عقد باید قابلیت اجازه برای مجیز وجود داشته باشد و چون مجیز طفل بوده است، قابلیت اجازه نداشته است. در مثال دوم هم با توجه به اینکه شخص مالک نبوده است، قابلیت اجازه نداشته است. «اعتبار کون المجیز له قابلیه الإجازه حین العقد، فلو تجدد له القابلیه کما فی المثالین لم تؤثر الإجازه»، بنا بر شرطیت قابلیت حین العقد، چون این قابلیت در وقت عقد نبوده است و بعداً تجدید شده است، فایده ای ندارد.

ص: ۶۶۱

عبارتی که بعداً صاحب جواهر بیان کرده است و به نظر ما پس و پیش شده این است: «و مقتضاه حینئذ عدم الصحه لو باع الفضولی حین کمال المالک ثم نقص لجنون و نحوه، أو مات و انتقل المال إلی الوارث أو غیر ذلک بل لو اعتبر مع ذلک استمرار القابلیه إلی حین الإجازه لم تجد إجازته لو عاد إلی الکمال، فضلا عن غیره». طبق این عبارت، مقتضای شرطیت صلاحیت و قابلیت اجازه در هنگام عقد عبارت از این است که اگر مجیز در هنگام عقد کمال داشت، ولی بعداً نقص پیدا کرد، عقد صحیح نخواهد بود!

عرض ما این است که وقتی مجیز در موقعِ عقد کمال دارد، چطور فاقد این شرط است؟! به نظر می رسد که این عبارت پس و پیش شده است و عبارت «مقتضاه عدم الصحه» با عبارت « لو باع الفضولی» تمام می شود. بعد هم اگر ما قائل به استمرار کمال و صلاحیت مجیز شده و بگوییم: این صلاحیت و کمال باید از اول عقد تا وقت اجازه ادامه پیدا کند، در صورتی که شخص در وقت عقد (اول) و اجازه (آخر) واجد کمال باشد، ولی در بین این دو زمان، کمال از او گرفته شده باشد، باز هم عقد صحیح نخواهد بود. این تفریعی که بیان شده است، مربوط به فرع استمرار است، منتهی یک قسمتی از عبارت سقط شده و یک قسمتی هم عقب و جلو شده است و لذا باید اینطور گفته می شد که: «مقتضاه حینئذ عدم الصحه لو باع الفضولی»، یعنی مقتضای این اشتراط، عدم صحت عقد فضولی در صورت فقدان صلاحیت مجیز می باشد. «بل لو اعتبر مع ذلک استمرار القابلیه إلی حین الإجازه و باع الفضولی حین کمال المالک ثم نقص لجنون و نحوه»، یعنی در این صورت هم اجازه فایده ندارد، یا در صورتی که موتی برای مجیز حاصل شده و مال به ورثه منتقل شده باشد که در این صورت هم ورثه در حال عقد صلاحیت مالکیت نداشتند، زیرا در زمان عقد این مال متعلق به مورث بوده است.

ص: ۶۶۲

بنابراین اشکال عبارت این است که اگر در مجیز صلاحیت حین العقد و حین الاجازه را شرط بدانیم، در اینجا هم حین العقد چنین صلاحیتی هست و هم حین الاجازه و چطور مقتضای چنین شرطی در اینجا عبارت از عدم صحت است؟! اتفاقاً این اشتراط مقتضی این است که عقد در این صورت صحیح باشد، زیرا مجیز واجد شرط صلاحیت حین العقد و حین الاجازه است.

اما در صورتی که این جمله فرع مسئله ی استمرار باشد، یک فرع دیگری خواهد بود و با توجه به اینکه شخص در ابتداء کامل بوده و بعد نقص پیدا کرده است، مقتضای معتبر بودن استمرار عبارت از این است که به جهت فقدان کمال در بین عقد و اجازه، عقد صحیح نباشد و به عبارت دیگر حدوث کمال کافی نیست و باید این کمال تا زمان اجازه استمرار داشته باشد. بنابراین، بلااشکال این عبارت عقب و جلو شده است.

اختلاف در طرح مسأله

بنابراین اگر ما فرع را همان طوری که در تذکره و قواعد و جواهر عنوان شده است، مطرح کنیم، قواعد و عمومات و صحیح ابو عبیده حذاء عدم اشتراط را اقتضاء می کند، ولی اگر فرع را آن طوری که مرحوم شیخ عنوان کرده است و در ضمن کلمات فخرالمحققین و جامع المقاصد هم آمده است، بیان کنیم، بحث دیگری خواهد بود. فرعی که مرحوم شیخ بیان کرده است، عبارت از این است که قبلاً واجد صلاحیتی در کار نبوده است، زیرا اصلاً مصلحت نبوده که چنین عقدی واقع بشود و بعد مصلحت احداث شده است و حتی حضرت ولیعصر(عج) هم کاری که صلاح نباشد را انجام نمی دهد.

ص: ۶۶۳

بنابراین طبق فرمایش مرحوم شیخ، فرع مسئله عبارت از این است که به هیچ نحو مجیزی در کار نیست، زیرا اصلاً صلاحیتی برای این کار نیست. مرحوم شیخ این فرع را مطرح نموده و بعد هم تصحیح می کند. البته صاحب جواهر اصلاً این فرع را عنوان نکرده است، آقایان دیگر هم عنوان نکرده اند و فقط مرحوم شیخ در صدد تصحیح این فرع برآمده است و شاید فخرالمحققین و سیدعمیدالدین و جامع المقاصد هم اگر قائل به صحت فضولی بشویم، می خواهند که این فرع را تصحیح بکنند. البته جامع المقاصد صریحاً این فرع را تصحیح کرده است.

حال باید دید که آیا این فرع صحیح است یا نه؟ ما دیروز عرض کردیم که «أوفوا بالعقود» (۱) مهمله نیست که فقط ناظر به اصل ملکیت باشد، نه ملکیت از زمان عقد. چنین چیزی نیست و لذا اگر از کسی که تملیک می کند، بپرسند که تملیک تو از چه زمانی است؟ می گوید که از زمان عقد. (البته به ضمیمه ی برخی تشریفاتی که در قبض و امثال آن وجود دارد) بنابراین، در تملیک حالت منتظره ای وجود ندارد که ببینیم چه زمانی این چیزی که ذا مصلحت نیست، واجد مصلحت می گردد. چنین چیزی بر خلاف بنای فضولی و طرف اصیل است. پس ظواهر ادله ی «أوفوا بالعقود» عبارت از این است که همان طوری که اینها عقد می کنند، شما باید همان طور وفا کنید و لذا موردی که از اول صلاحیت ندارد داخل در تحت عمومات نیست. و اما روایت خاصه ای مثل ابوعبیده حذاء و امثال آن هم ناظر به موردی که در ابتداء صلاحیت نبوده و بعد صلاحیت ایجاد شده، نیست. بنابراین، به این روایت خاصه هم نمی شود تمسک کرد.

۱- مائده / ۱.

پرسش: فرمودید که در روایت ابوعبیده حذاء هم تعبیر به «ولیان» شده است؟ پاسخ: جواب این مطلب قبلاً گفته شد که اگر ولیّ اش عقد کرده باشد، فضولی نیست و مراد از ولی یا ولیّ عرفی است، مثل برادر بزرگ و عمو و امثال اینها یا ولیّ لغوی است یعنی کسی که «یتولی امره» و به کارهای این بچه ها رسیدگی می کند که چنین شخصی نه ولیّ شرعی است و نه ولیّ عرفی، اما به کارهای بچه ها رسیدگی می کند، که ما قبلاً گفتیم که مراد از ولیّ کسی است که «یتولی امره» و معنای لغوی مراد است، نه ولیّ اعتباری شرعی یا عرفی. والّا اگر مراد ولی شرعی باشد، اصلاً فضولیتی در کار نیست.

پرسش: یعنی اگر ولیّ عرفی باشد، در صورت بیع، عقد فضولی می شود. این چه ولیّی است که عرفاً به آن ولی می گویند، اما نمی تواند حتی معاملات بچه را انجام بدهد؟ پاسخ: شرع معاملات چنین ولیّی را فضولی می داند. ولی عرفی کارهای خارجی را انجام می دهند، اما شرع او را قبول ندارد. مثلاً اگر کسی به امورات بچه ها رسیدگی می کند، همین برای اطلاق ولی لغوی کفایت می کند، ولی شرعاً مجاز به انجام معاملات بچه نیست. البته ولی لغوی گاهی ولی عرفی هم هست و گاهی هم نیست.

پرسش: آیا می توانیم بین مثال هایی که صاحب جواهر بیان کردند، بین مثال بچه ای که بعداً بالغ شد و مثالی که شخص اول مالك نبوده و بعد مالك شد، قائل به تفصیل شده و بگوییم: «لا تبع ما لیس عندك» دومی را شامل می شود؟ پاسخ: آن یك بحث جدایی است و ممکن است کسی در اولی قائل به صحت باشد، ولی در دومی قائل به صحت نباشد. این بحث بعداً می آید.

ص: ۶۶۵

خلاصه اینکه به نظر می رسد این فرمایش صاحب جامع المقاصد که فرموده است در این فرع اقوی عدم اشتراط است که از فحوای کلام فخرالمحققین هم این مطلب استفاده می شود، (ولو ایشان رأساً فضولی را به همه اقسامش باطل می داند) و مرحوم شیخ هم صریحاً می فرمایند که چنین شرطیتی معتبر نیست، این فرمایش به نظر ما خیلی روشن نیست.

حکم مسئله بر اساس مبنای مرحوم آخوند

البته اگر ما به مبنای مرحوم آخوند قائل بشویم که می فرماید: درست است که کأنّ از «أوفوا بالعقود» استفاده می شود که نقل و انتقال از حین عقد واقع می شود، ولی این معنی بالاطلاق ازمانی استفاده می شود و اگر از دلیل خارج ثابت شد که قسمت های اول زمان مورد امضای شرع نیست، ما می گوییم که بعد از گذشتن آن زمان، «أوفوا بالعقود» شامل قسمت های بعدی می شود و لذا حکم به صحت می شود. (۱)

چگونگی کاشفیت در صورت عدم صلاحیت مجیز حین العقد

یک چیزی که دیروز به آن اشاره کردیم و ناقص ماند، عبارت از این است که غالب متقدمین در باب فضولی قائل به کشف بودند و سؤال این است که اگر مجیز در حین العقد صلاحیت نداشته باشد و بعداً صلاحیت پیدا کند، چطور اجازه کاشف از این خواهد بود که از حین عقد یک چنین نقل و انتقالی واقع شده است با اینکه صلاحیت اجازه نبوده است؟ التبه اگر ما قائل به نقل بشویم، چنین محذوری وجود ندارد، ولی اگر قائل به کشف شدیم، چطور چنین کاشفیتی قابل تصور است؟

۱- در این حاشیه به این مطلب اشاره شده است؛ حاشیه المکاسب (للآخوند)، ص ۶۲.

فرمایش آقای خوئی

آقای خوئی یک مطلبی دارند که البته در اینجا عنوان نکرده است، ولی در جای دیگر بیان نموده است که ما آن را قبول نداشتیم. ایشان می فرمایند که کاشفیت تا جایی است که امکان دارد و محذوری پیش نمی آید. بنابراین اگر کاشفیت نقل و انتقال از اول عقد محذوری داشت، این کشف را از وسط ها در نظر می گیریم. بنابراین، می توانیم نه قائل به نقل باشیم و نه قائل به کشف از ابتدای عقد، بلکه کشف از بین الاجازه والعقد باشد که شخص بالغ شده است و صلاحیت اجازه را پیدا کرده است و بنا بر کشف چنین چیزی اشکالی ندارد. (۱)

ردّ فرمایش آقای خوئی

منتهی ما عرض کردیم که اگر این ادله دلالت بر کشف داشته باشند، ظهور در این دارد که کاشفیت نسبت به همان قصدی است که طرفین در هنگام عقد داشته اند و عقد را از اول قصد نموده اند، نه از وسط بین عقد و اجازه و لذا موردی که چنین قصدی در آن نباشد، از تحت عمومات خارج است.

وجود مجیز صالح حین العقد ۹۳/۱۲/۱۸

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: وجود مجیز صالح حین العقد

عناوین: بررسی اقسام فقدان صلاحیت حین العقد (فقدان مقتضی، شرط یا وجود مانع) – تمسک به عام یا استصحاب حکم مخصص و بیان نظر مختار.

«الثالث: لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرّف حال العقد،سواء كان عدم جواز التصرّف لأجل عدم المقتضي أو للمانع. و عدم المقتضي قد يكون لأجل عدم كونه مالكاً و لا مأذوناً حال العقد، و قد يكون لأجل كونه محجوراً عليه لِسَفهٍ أو جُنون أو غيرهما. و المانع كما لو باع الراهن بدون إذن المرتهن ثمّ فكّ الرهن.» (۲)

۱– مصباح الفقاهه، سید ابوالقاسم خویی، ج ۴، ص ۱۹۹.
۲– مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۳۴.

اقسام فقدان صلاحیت حین العقد

شخصی که می خواهد اجازه بدهد، گاهی حین العقد صلاحیت مجیزیّت را ندارد و بعداً این صلاحیت برایش حاصل می شود. در این تنبیه ایشان می فرمایند که فقدان صلاحیت حین العقد و وجدان آن اخیراً، چند گونه قابل تصویر است:

صورت اول: قبلًا مقتضی صلاحیت وجود نداشته، ولی بعداً این مقتضی پیدا می شود. مثلًا شخص حین العقد مالک نبوده، ولی بعداً مالکیت برایش حاصل می شود. راجع به حکم این صورت، بعداً بحث می کنیم.

صورت دوم: عدم صلاحیت از باب فقدان شرط. به این معنی که شخص شرایط صحت عقد را نداشته، ولی بعداً واجد شرط می شود مثل اینکه شخص حین العقد بالغ یا عاقل یا رشید نبوده، ولی بعداً بلوغ یا عقل یا رشد پیدا می کند.

صورت سوم: عدم صلاحیت به جهت وجود مانع. مثل اینکه شخص مالک یک عینی است، ولی به جهت وجود مانع خارجی، مجاز به بیع آن نیست، مثل اینکه شخص از دیگری قرض کرده است و ملک خودش را به عنوان وثیقه و رهن در نزد مقرض گذاشته است. در این صورت، هر چند شخص مالک عین مرهونه است، ولی حق تصرف در ملک خودش را ندارد، زیرا حق دیگری به این عین تعلق گرفته است.

حکم صورت فقدان شرط در نظر آقای خوئی

ایشان راجع به صورت دوم که فقدان صلاحیت به جهت فقدان شرط است مانند کسی که حین العقد، مجنون، نابالغ و یا غیر رشید بوده است، می فرمایند که در این صورت اشکالی نیست و عقد با اجازه تصحیح می شود.

ص: ۶۶۸

البته فرض مسئله راجع به دیوانه این نیست که اصلاً هیچ شعور نداشته باشد، بلکه دیوانه ای است که می تواند انشاء کند و در خیلی از موقع اگر راجع به یک کاری تهدیدش کنند، مجتنب می شود، منتهی عقل معمولی در او نیست و لذا انشاءش صحیح است و کلا انشاء نیست، منتهی شارع مقدس عقد چنین کسی را صحیح ندانسته است. در نابالغ هم همین طور انشاءش صحیح است، منتهی در عقدش استقلال ندارد و بدون اشراف و اجازه ی ولیّ عقدش درست نیست و این طور نیست که مانند بچه ی دو- سه ساله باشد که ذاتاً عقدش صحیح نیست. راجع به کسی هم که رشد مالی ندارد و سفیه است، مفروض این است که انشاءش اشکال ندارد، ولی چنین شخصی استقلال ندارد و باید با اجازه ی ولیّ عقد را انجام بدهد.

ایشان در مورد این صورت می فرمایند: لااشکالَ در اینکه که اجازه مصحح عقد خواهد بود، زیرا هر چند این عقد شرعاً کلاعقد حساب می شد، اما بعد از اینکه ولیّ شخص اجازه داد، استناد محقق شده و عقد صحیح می شود و لذا اشکالی در مصحح بودن اجازه نیست. این بحث مهمی ندارد.

حکم صورت وجود مانع

اما در صورت سوم که فقدان صلاحیت به خاطر وجود مانع است، مثل اینکه شخص چیزی را در رهن دیگری گذاشته است. در این صورت نه راهن می تواند در این مال تصرف کند، نه مرتهنی که این مال را به عنوان وثیقه قبول کرده است، می تواند در آن تصرف کند و نه شخص ثالثی که خارج از این دو است. خلاصه اینکه هیچ کدام حق تصرف در این مال را ندارند. اگر شخص ثالث (اجنبی) بخواهد در این مال تصرف کند، هم اجازه ی مالك (راهن) و هم اجازه ی مرتهن را باید تحصیل کند تا بتواند تصرف کند، زیرا یکی از اینها مالك است و لذا باید اجازه ی جلب شود، مرتهن هم نسبت به این مال ذی حق است و لذا اجازه ی او هم باید تحصیل شود. اگر شخص مرتهن هم - که مال دیگری را در مقابل طلبی که دارد، نزد او وثیقه گذاشته اند- بخواهد نسبت به این مال بیعی انجام بدهد، با اجازه ی مالك و توافق او اشکالی ندارد. در این موارد بحثی نیست، ولی مورد بحث این است که راهن و بدهکاری که مالش را وثیقه گذاشته، بخواهد بدون اجازه ی مرتهن و قبل از اینکه فكّ رهن کند، نسبت به این مال معامله ای انجام داده و آن را به شخصی بفروشد. راهن نباید این کار را می کرد، ولی اگر چنین کاری کرد و بعد بدهی خودش را اداء کرده و فكّ رهن نمود، آیا این عقدی که قبلاً انجام داده است، تصحیح می شود یا نه؟ ایشان اول می فرمایند که با یك تقریب می توان گفت که این عقد با فك رهن و امثال آن هم صحیح نیست، زیرا هر چند راهن نسبت به ملك خودش عقد را انجام داده است و در استناد عقد به مالکش تردیدی وجود ندارد، ولی شرع این عقد را امضاء نکرده و لذا نقل و انتقالی هم حاصل نشده و باید یك بیع جدیدی علی حدّه به جا آورده شود.

فرض مسئله عبارت از این است که فک رهن شده است، ولی از ناحیه ی شارع مقدس امضاء جدیدی نسبت به این عقد نشده است و لذا چون قبلاً امضائی در کار نبود، امضاء جدیدی هم در کار نیست، بنابراین، این عقد با فک رهن درست نمی شود و قابل تصحیح نیست.

بعد هم ایشان می فرمایند که کسی این مسئله را به باب فضولی قیاس نکند که چطور در باب فضولی معمولی قبلاً عقد امضاء نشده بود، ولی بعداً به وسیله ی ادله مورد امضاء قرار می گیرد، بنابراین این مسئله هم مانند عقد فضولی معمولی بوده و تصحیح می شود. این قیاس درست نیست، زیرا در باب فضولی معمولی قبلاً استنادی در کار نبوده است و با اجازه ی بعدی استناد به مالک حاصل می گردد و لذا ادله ی عمومات مانند «اوفوا بالعقود (۱) » که خطاب به مالکین است، شامل این مورد می گردد. در باب فضولی معمولی، عقد قبلاً تحت موضوع داخل نبود، ولی بعداً بالاجازه تحت موضوع داخل شده و صحیح می شود. اما در مانحن فیه که راهن ملک خودش را فروخته است، عقد تحت موضوع داخل بوده است، ولی شارع چنین عقدی را- که مالک انجام داده است- امضاء نکرده بوده لذا عقدی که واقع شده، صحیح نیست و این مسئله با فضولی معمولی تفاوت دارد. البته ایشان در ادامه می فرمایند که حق عبارت از این است که در باب رهن هم مشکلی نیست و اگر فک رهن شد، عقد تصحیح می شود.

تمسک به عام یا استصحاب حکم مخصص

ص: ۶۷۰

۱- مائده / ۱.

یک بحث خیلی مفصل و کلی هست راجعِ تمسک به عموم عام یا استصحاب حکم مخصص.

در مواردی که فردی در مقداری از زمان با مخصص یا مقیدی از تحت عام خارج شده، بحث است که آیا در زمان بعد می توان به عموم عام تمسک کرد یا نه؟ مثلاً ـ یک عقدی در یک زمانی از تحت عموم «أوفوا بالعقود» خارج شده و بعد هم مشکلی که منشأ خروج بوده، زائل گردیده و هم محتمل است که آنچه حدوثاً و ابتداءً مانع بوده است، بقاءً مانع نباشد و هم احتمال دارد که هم حدوثاً و هم بقاءً مانع باشد. حال در این صورت ما باید حالت خروج را استصحاب کنیم، یا تمسک به عموم عام نماییم؟ ایشان می فرمایند که عقد راهن هم جزء مصادیق عموم «أوفوا بالعقود» بوده و در یک زمانی از تحت عام خارج شده، منتهی بعد از اینکه شخص فکّ رهن می کند، امر دائر بین این است که حکم مخصص را استصحاب کنیم یا اینکه بگوییم: حدوثاً از تحت عام خارج شده است، ولی نسبت به بقاء خروج دلیلی نداریم و لذا به عموم «أوفوا بالعقود» تمسک می کنیم.

ایشان در اینجا می فرماید که ما اخذ به قدر متیقن کرده و می گویم: قدر متیقن عبارت از این است که این فرد در زمان قبل از تحت عام خارج شده، ولی در زمان بعد نمی دانیم که آیا از تحت عام خارج شده یا نه و لذا به عموم تمسک می کنیم. معلوم نیست که فرد خارج شده باشد که قهرا بگوئیم دو خروج برای فرد نیست و ممکن است که ما از اصاله الاطلاق رفع ید کرده و اصاله العموم را حفظ کنیم. (۱)

۱- مصباح الفقاهه، سید ابوالقاسم خویی، ج ۴، ص ۲۴۹.

نظر حضرت استاد

این فرمایش ایشان در بعضی جاها برای ما قابل هضم نیست، زیرا در مسئله ی فقدان شرط مانند عقد نابالغ و دیوانه و سفیه ایشان می فرمایند که در ابتداء شرعاً استناد نبوده است، ولی بعداً استناد پیدا کرده است، ولی در مسئله وجود مانع مانند عقد راهن می فرمایند که قبلاً استناد بوده است، ولی به جهت وجود مانع، امضاء شرع در کار نبوده است. بعد هم راجع به فضولی معمولی می گویند که اول استناد نبوده است و بعداً بالاجازه استناد پیدا شده است.

البته راجع به مسئله ی سوم معمولاً می گویند که قبلاً عقدی واقع شده بود که اجازه مالك را نداشت و قهراً عقد مالك نبود و بعد از اینکه مالك اجازه داد، عقد مالك حساب می شود و ادله «أوفوا بالعقود» هم که خطاب به مالکین هست. مالك قبلاً داخل موضوع خطاب نبوده است، ولی بعداً تحت موضوع خطاب داخل شده است. این چیزی است که درست یا نادرست، معمولاً راجع به فضولی معمولی گفته می شود.

ولی در مسئله ی فقدان شرط یا وجدان مانع، هر دو موضوعاً داخل بوده و استناد به مالك در هر دو وجود دارد. مالك نابالغ بوده و عقدی را بجا آورده است یا مالك، ملکی را که در رهن گذاشته بود، فروخته است.

بنابراین، هم در وجود مانع و هم در فقدان شرط، استناد خارجی به مالك هست، ولی شارع آن را امضاء نکرده است، در حالی که بین عدم امضاء شارع از بابت فقدان شرط و عدم امضاء شارع از جهت وجدان مانع قائل به تفکیک شده است، در حالی که به نظر می رسد هیچ فرقی بین این دو مورد وجود ندارد.

ص: ۶۷۲

در باب فضولی معمولی که مالک بعداً اجازه می دهد، ممکن است بگویید که بحث اخذ به عموم یا استصحاب حکم مخصص مطرح نمی شود، زیرا اصلاً این مسئله از اول تحت عام قرار نگرفته است، زیرا خطاب عام به مالکین است و لذا شامل این مورد نمی شود. (البته بر اساس این مبنی که خطاب به مطلق عاقدین نیست، بلکه خطاب به عاقدین مالکین است)

مورد بحث عبارت از این است که مثلاً ـ زید عالم بوده و داخل در تحت عموم بوده است، منتهی در برهه ای از زمان از تحت عموم خارج شده است که در این صورت نمی دانیم که آیا این تخصیص را در زمان دیگر هم ادامه بدهیم، یا به عام (أکرم العلماء) تمسک کنیم؟ اما در صورتی که یک چیزی تخصصاً از تحت عام خارج بوده و بعد واجد شده است، در چنین موردی حرفی نیست.

بنابراین، در فضولی معمولی ما این مطلب را پذیرفتیم که قابل تصحیح بالاجازه است، ولی دو باب وجود مانع و فقدان شرط هر دو از باب واحد بوده و مبتنی بر این مسئله ی اختلافی است که در صورت خروج یک فرد در یک برهه ای از زمان از تحت عام، آیا نسبت به زمان دیگر می توانیم به عام تمسک کنیم یا باید حکم مخصص را استصحاب بکنیم؟ در این دو باب (وجود مانع و فقدان شرط) استناد عرفی وجود دارد، منتهی امضاء شرع در کار نیست، ولی ایشان عدم امضاء از جهت فقدان شرط را نفی الاستناد دانسته است، ولی در باب وجود مانع، قائل به «نفی الامضاء مع وجود الاستناد» شده است! ما نفهمیدیم که چرا ایشان بین این دو باب چنین تفصیلی را بیان کرده است تا یکی از این دو مبتنی بر این مسئله ی اختلافی اصولی نباشد.

ص: ۶۷۳

به نظر ما چنین تفصیلی درست نیست و هر دو باب مبتنی بر این مسئله ی اختلافی (تمسک به عام یا استصحاب حکم مخصص) می باشند.

ادعا عبارت از این است که مسئله ی وجود مانع و فقدان شرط از باب تخصیص عمومات است و عمومات می گوید که مالك ولایت بر عقد دارند نه این که مالکی که ولایت بر عقد دارد موضوع عقد باشد، ولی در فضولی معمولی از باب تخصص است. البته به نظر ما دلالت «أوفوا بالعقود» تمام نیست و این عبارت مشرِّع نیست، بلکه الزام ما هو المشروع می باشد، ولی بحث بر مبنای آقایانی است که آن را مشرِّع می دانند، والّا ما اصلاً این عمومات را به طور کلی قبول نکردیم.

نظر حضرت استاد راجع به اخذ به قدر متیقن در این مسئله

و اما راجع به اینکه آقای خوئی در اینجا به قدر متیقن اخذ کرده است، باید گفت که در اینجا بحث اقل و اکثر نیست تا به قدر متیقن تمسک کنیم، بلکه دوران امر بین متباینین است.

توضیح مسئله عبارت از این است که اگر ما از تحت عام فردی را خارج کردیم، دو خلاف ظاهر نشده است تا هم اصاله العموم زمین خورده باشد و هم اصاله الاطلاق.

مثلاً اگر ما زید را از «أکرم العلماء» خارج کنیم، هم از اصاله العموم «أکرم العلماء» خارج شده و هم از اصاله الاطلاق، ولی اگر بگوییم که زید تحت عام است، منتهی در فلان روز خارج شده است، در اینجا ما فقط در اصاله الاطلاق تصرف کرده ایم. در اینجا ما می توانیم قدر متیقن گیری کرده و بگوییم:در فلان روز این فرد خارج شده است، ولی در وقت دیگر ما به اصاله العموم تمسک می کنیم.

ص: ۶۷۴

ولی اگر دوران امر بین احدالامرین شد یعنی یا اصاله العموم تخصیص خورده است و یا اصاله الاطلاق، در اینجا دیگر قدر متیقن بین دو امر متباین نیست، بلکه دو تصرف در مقابل هم و قسیم هم هستند و اقل و اکثر نیستند تا تمسک به قدر متیقن شود. و لذا در این صورت شخص باید یک وجهی برای ترجیح درست کند. اگر از تحت اصاله العموم خارج شد، دیگر موضوعی برای اصاله الاطلاق نیست، نه اینکه موضوع برای اصاله الاطلاق هست، ولی زمین خورده است. پس اگر ما زید را از تحت عام خارج کرده و اصاله العموم را حفظ نکردیم، موضوعی برای اصاله الاطلاق باقی نخواهد ماند. حال اگر مبنای مرحوم شیخ را بپذیریم، می توان گفت که با توجه به اینکه اصاله العموم احتیاجی به مقدمات حکمت ندارد، نسبت به اصاله الاطلاق ورود پیدا می کند، ولی حق با مرحوم آخوند است که همان موقعی که خطاب شد، اگر بیانی واقع نشد، اصاله الاطلاق منعقد می شود و اصاله العموم ترجیحی بر اصاله الاطلاق ندارد و لذا ما باید به ادله دیگری بپردازیم و از این ناحیه نمی توان حکم به اخذ به اصاله العموم کرد.

«و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

تمسک به عموم عام یا استصحاب حکم مخصص ۹۳/۱۲/۱۹

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: تمسک به عموم عام یا استصحاب حکم مخصص

عناوین: تمسک به عموم عام یا استصحاب حکم مخصص – اختلاف بین مرحوم شیخ و مرحوم آخوند در مسئله – نظر مرحوم آقای داماد – نظر حضرت استاد (تمسک به عام برای حفظ نظام اجتماع) – اشکال به مباحث روز گذشته

ص: ۶۷۵

تمسک به عموم عام یا استصحاب حکم مخصص

راجع به بحث اصولی تمسک به عموم عام یا استصحاب حکم مخصص، ما قبلاً مباحثی را مطرح کردیم، و الان با کمی تفاوت این بحث را تکرار می کنیم. بحث این است که یک عامی وارد شده و یک فردی هم هست که حکمی بر خلاف حکم این عام دارد، و ما نمی دانیم که این فرد از مصادیق آن عام است و تخصیص خورده، یا مصداق عام نیست و تخصصاً خارج است. برای مثال، «أکرم العلماء» به صورت عام وارد شده است و از طرف دیگر هم زید فردی است که می دانیم وجوب اکرام ندارد، ولی نمی دانیم که زید مصداق برای عالم است تا از عموم «أکرم العلماء» تخصیص خورده باشد، یا مصداق عالم نیست و تخصصاً خارج است.

در این بحث بین مرحوم شیخ و مرحوم آخوند اختلاف وجود دارد.

نظر مرحوم شیخ

مرحوم شیخ می فرماید که ما در اینجا تخصص را اختیار کرده و از نفی وجوب اکرام نسبت به زید، عالم نبودنش را کشف می کنیم و لذا در موارد دیگر، اگر حکمی نسبت به جاهل حمل شده باشد، آن حکم را هم برای زید اثبات می کنیم و هم چنین اگر در موارد دیگر، حکمی بر عالم حمل شده باشد، آن را نسبت به زید نفی می کنیم. مثلاً اگر حکم شده باشد که تقلید باید از عالم باشد و فردی هم شرعاً جواز تقلید نداشته باشد، در این صورت ما نمی دانیم که آیا این فرد مجتهد است و جواز تقلید ندارد، یا اصلاً مجتهد نیست؟ مرحوم شیخ می گوید: از این عدم جواز تقلید، عدم اجتهاد این شخص را کشف می کنیم و لذا در موارد دیگر هم اگر حکمی بر مجتهد بار شده باشد، مثل قضاء و حکومت و امثال آن، از این شخص نفی می شود. بنابراین، تردیدی نیست که در «أکرم العلماء» بالاراده الجدیه این مورد زید اراده نشده است، ولی نمی دانیم که عدم اراده ی زید از باب تخصیص است یا از باب تخصص؟

ص: ۶۷۶

بیان مرحوم شیخ این است که یکی از امور مسلم در منطق، قضیه ی عکس نقیض است، به این معنی که اگر یک چیزی ثابت باشد، عکس نقیضش هم ثابت است. مثلاً می گوییم: کل عالم یجب اکرامه، که عکس نقیضیش عبارت از این است که «ما لایجب اکرامه فلیس بعالم». این عکس نقیض هم کبری برای این قیاس می شود: «زید لا یجب اکرامه و کل ما لا یجب اکرامه لیس بعالم، فزید لیس بعالم».

نظر مرحوم آخوند

مرحوم آخوند می فرمایند که هر چند عکس نقیض با خود قضیه تلازم دارد، ولی این ملازمه به این نحو است که اگر قضیه قطعی باشد، عکس نقیضش هم قطعی است، ولی اگر قضیه ظنی یا مشکوک باشد، عکس نقیض هم مطابق با آن ظنی یا مشکوک خواهد بود. با توجه به اینکه ما در منطق قضایای قطعیه و یقینی داریم، با عکس نقیض مطالبی را استفاده می کنیم که قطعی و یقینی است و لذا نیازی به جعل حجیت ندارند، ولی در مسئله ی اخذ به عمومات این طور نیست، زیرا فرض ما راجع به عموماتی است که ابای از تخصیص ندارند. البته گاهی اوقات عموماتی داریم که ابای از تخصیص دارند که دلالتشان قطعی خواهد بود و این موارد بر خلاف فرض ماست، ولی در عامی که ابای از تخصیص ندارد، دلالت عام ظنّی است و لذا عکس نقیضش هم ظنّی می شود و حجیت ظنون هم یا باید با حکم عقل و مقدمات حکمت ثابت بشود، یا با دلیل شرعی و یا بناء عقلائی وجود داشته باشد. راجع به ظنی هم که از عکس نقیض حاصل می شود، نه دلیل شرعی خاصی داریم و نه دلیل عقلی و مقدمات حکمتی در کار است. طبق بنای عقلاء هم در صورتی که ما شک داشته باشیم که آیا اراده ی جدیّه مولا شامل زید هم شده است یا اینکه زید از تحت عموم (اکرم العلماء) تخصیص خورده است، در این صورت عقلاء به عام تمسک کرده و به آن عمل می کنند. اما در صورتی که اراده ی جدیّه مولا معلوم است که شامل زید نشده است، ولی نمی دانیم که این عدم شمول از باب تخصیص است یا از باب تخصص، در اینجا بنای عقلاء بر تمسک به عام نیست. بنابراین، ما در اصل قضیه به عموم اخذ می کنیم، ولی دلیلی بر حجیت عکس نقیض این قضیه نداریم. (۱)

ص: ۶۷۷

۱- کفایه الأصول، ص ۲۲۵.

نظر مرحوم آقای داماد

مرحوم آقای داماد با مرحوم شیخ موافقت کرده و می فرماید: یکی از چیزهایی که در رجال به آن استدلال می کنند و بنای همه علماء هم به آن است، عبارت از این است که از حکم مسئله، کشف موضوع می کنند. مورد بحث ما هم در این است که آیا از این حکم به عدم وجوب، می توانیم کشف موضوع کرده و بگوییم که زید –مثلاً- داخل در موضوع علماء نیست یا نه؟ آقای داماد می فرمایند که علماء از حکم ثابت شده در مسئله، کشف موضوع می کنند مثلاً وقتی حکم شده است که شهادت فلان شخص مورد قبول نیست، عدم عدالت او را کشف می کنند. یا اگر در برخی موارد تقلید از کسی را صحیح ندانسته اند، عدم اجتهاد او کشف می شود. خلاصه اینکه، در استدلالهایی که همه ی آقایان در رجال دارند، با حکم مسئله کشف موضوع کرده و می گویند که فلان شخص عادل یا موثق یا فاسق است.

نظر حضرت استاد

به نظر ما حق با مرحوم آخوند است. با این بیان که اخذ به عمومات در موارد مشکوک، نه به مناط کاشفیت است و نه به اعتبار اینکه عام اماره بر ثبوت حکم است زیرا ما من عام إلا و قد خصّ، عام ها همه تخصیص خورده اند و این هم که بگوئیم هر عامی که هست انسان به مخصّصاتش برخورد می کند، دلیلی هم بر این مطلب نداریم.

بنابراین، اخذ به عمومات از این باب نیست، بلکه حفظ نظام مکالمات و قوانین بین عبید و موالی اقتضاء می کند که در موارد مشکوک، اخذ به عموم بشود. همانطوری که در احکام واقعی مثل بیع، شراء و امثال اینها هم حفظ نظام اجتماع اقتضاء می کند که این معاملات نافذ باشد، بیع نافذ باشد، اجازه نافذ باشد و این معاملات امور مربوط به حکم ظاهری نیست. بنابراین نظام اجتماع اقتضاء می کند که اگر قانونی گذرانده شد، اشخاص نمی توانند مرتب بگویند که آیا این مورد استثناء شده است یا نه و آیا به این مورد هم اخذ بکنیم یا نه؟ اگر این طور باشد، مقننین نمی توانند به اهداف خودشان برسند. پس بنابراین، این اصلی از اصول برای حفظ نظام قانون و اجتماع است.

ص: ۶۷۸

و اما آن موردی که مرحوم آقای داماد مثال زدند، راجع به مواردی است که انسان ظنّ قوی یا اطمینان دارد که مثلاً قبول نشدن شهادت فلان شخص از باب استثناء قواعد نیست و اطمینان هم حجت عقلائی است، اما در مانحن فیه این طور نیست. بنابراین اگر انسان ظنّ فی الجمله ای هم به خلاف داشته باشد، اخذ به عموم جایز است، زیرا اصلی از اصول است، نه اماره ای از امارات و لذا در هر جایی که شک نسبت به اراده ی شارع داشته باشیم، معامله ی اراده کرده و می گوییم: باید بجا آورده شود، اما در جایی که مشخص است که اراده ی مولا این مورد را نگرفته است، نه به عنوان اصل و نه به عنوان اماره نمی توانیم نتیجه گیری کنیم. هیچ بنای عقلائی هم در کار نیست. لذا در این مسئله حق با مرحوم آخوند است و حتی اگر هم مثبتات امارات را حجت بدانیم، اخذ به عموم از باب امارات نیست تا مثبتش حجت باشد، بلکه اصلی از اصول است و مثبت اصل هم حجت نیست و هیچ بنای عقلائی هم در کار نیست.

و اما در بحث ما مثلاً شخص گفته است که باید به همه ی علماء در همه ی روزها احترام شود، یا گفته اند که همه ی اشخاص در همه ی روزها باید از فلان رئیس یا فلان شخص برای یک کاری اجازه بگیرند. بعد هم ثابت شد که این حکم در یک زمانی از ازمنه درباره ی زید نیست، ولی نمی دانیم که آیا در غیر آن زمان این حکم ثابت است یا نه؟ و آیا حکم عام «أکرم العالم» - ثابت است یا نه؟ بر اساس بحث دوران امر بین تخصیص و تخصص و یا شک در مراد —که هر کدام دو مورد دارد- معلوم می شود که می توانیم به عام تمسک کنیم، زیرا در اینجا ما می دانیم که زید در فلان روز از تحت «أکرم العلماء» خارج شده است، ولی نمی دانیم که خروجش بالتخصیص است یا بالتخصص؟ اگر عموم افرادی «أکرم العلماء» زید را هم گرفته باشد، ولی در این روز واجب الاحترام نشده باشد، این تخصیص «أکرم العلماء» است، اما در صورتی که ولو به دلیل خارج بدانیم که مراد از «أکرم العلماء» غیر زید است، دیگر زید واجب الاحترام نیست و نسبت به عموم ازمانی تخصص است، زیرا اگر عموم افرادی نباشد، دیگر موضوعی برای عموم ازمان نمی ماند و لذا تخصیص نیست، بلکه تخصص است. اما در صورتی که عموم افرادی باشد و بگوییم که زید هم داخل تحت عموم «اکرم العلماء» است، ولی در این زمان خاص خارج از حکم است، در این صورت، عموم افرادی باقی است، ولی عموم ازمانی بالتخصیص زمین مانده است. اما در صورتی که زید را از عموم افرادی خارج کنیم، دیگر موضوعی برای عموم ازمانی نمی ماند و قهراً تخصص خواهد بود. پس بنابراین اگر ندانیم که عدم وجوب اکرام زید در یک روز خاص به جهت تخصیص است یا تخصص، اصلی برای اثبات تخصص نداریم، ولی راجع به وجوب اکرام زید در بقیه ی روزها می توانیم به عموم افرادی «أکرم العلماء» تمسک کرده و بگوییم که زید باید احترام شود. بنابراین اگر شک در مراد بود، طبق بنای عقلاء می توانیم اخذ به عموم کنیم و لذا ما می گوییم که «أکرم العلماء» زید را هم گرفته است، منتهی با دلیل ثابت شده است که امروز زید وجوب اکرام ندارد، ولی در روزهای دیگر با توجه به عموم «أکرم العلماء»، باید احترامش کرد.

اشکال به مباحث روز گذشته

مقتضـای آنچه که عنوان شـد، اشـکال به مطلبی است که دیروز عرض کردیم. دیروز گفتیم که اگر یک فردی از تحت «أوفوا بالعقود (۱) » در زمـان اول خـارج شـد، ما دلیلی نـداریم که در ازمنه ی دیگر به «أوفوا بالعقود» تمسک کنیم، ولی بنا بر آنچه که امروز بیان کردیم، عموم افرادی «أوفوا بالعقود» حتی شامل موردی هم که در اول زمان خارج شده است هم می باشد و لذا هر مقداری از زمان که خروجش ثابت است را خارج کرده و در بقیه ی ازمنه به «أوفوا بالعقود» تمسک می کنیم. این اشکالی است که به عرض دیروز مـا وارد است، ولی من می خواهم این مطلبی را وجـدانی را عرض کنم که مثالها با هم تفاوت دارد و مثلاً اگر گفته شود که همه ی اشخاص از امروز یک تکلیف و وظیفه ای دارند و من بدانم که زید از امروز تکلیفی ندارد، آیا در این صورت عقلاء می گوینـد که زید از امروز وظیفه ای ندارد، ولی از فردا وظیفه پیدا می کند؟! اینطور نیست که اگر مثلاً زیـد تخصـیص خورد، بگوییم که زیـد از امروز وظیفه ندارد، ولی از فردا وظیفه دارد و مبدأ حکم از فرداست و اگر فردا نشد، از پس فرداست. البتـه اگر تعـدد به حسب عرف مثـل تعـدد مسـتثنیات و امثـال آن باشـد، انسـان می توانـد در زیـادی و کمی تخصـیص به عام تمسک کرده و اکتفاء به اقل تخصـیص بکند، ولی اگر گفتند که همه اشخاص از این ساعت باید یک وظیفه ای را انجام بدهنـد و ما هم می دانیم که زید این وظیفه را ندارد، این یک تخصـیص است، چه به طور کلی خارج شده باشد و چه امروز خارج شـده باشـد. در اینجا دیگر تعدد تخصـیص در کار نیست مثل آن مثالی که فی کل یومٍ کل عالم یجب اکرامه فی کل یومٍ. مرحوم شـیخ هم به همین تفصیل قائل است و خلاصه اینکه وجداناً مثال ها با هم فرق دارند. مثال دیگر عبارت از این است که مثلاً- گفته شود: تمام این جمعیت هزار نفره بایـد برای رفتن به فلان مسافرت یک میلیون بدهنـد. و درباره ی زید هم ثابت شد که از او این یک میلیون را نمی گیرند، ولی نمی دانیم که زید را مجانی می برند یا پول کمتری از او می گیرند؟ در اینجـا مـا نمی توانیم بگوییم که یـک میلیون از زیـد نمی گیرنـد، ولی نهصـد هزار تومـان می گیرنـد، یـا اگر نهصـد نشـد، هشتصد هزار باشد، یا هفتصد هزار باشد. خلاصه اینکه ما نمی توانیم این یک میلیون را منحل به مقادیر کمتر کرده و با استثناء یک میلیون نسبت به مقادیر کمتر تمسک به عام بکنیم، بلکه در اینجا اجمال وجود دارد و زیـد تخصـیص خورده است و نمی دانیم که آیا به طور کلی تخصیص خورده و مجانی او را می برند یا اینکه مثلاً نصف پول را از او می گیرند؟

۱- مائده / ۱.

در «أوفوا بالعقود» هم همین طور است و اگر طرفین قرار گذاشتند که از مثلاً ـ از این تاریخ یک طرف مالک مثمن و طرف دیگر مالک ثمن باشند، «أوفوا بالعقود» هم می گوید که شما مطابق قراردادتان عمل کنید. ولی اگر در یک موردی قراردادی واقع شد و شارع آن را امضاء نکرد، دیگر نمی شود به صورت انحلالی و تعدد مطلوب نیست تا بگوییم که اگر در این وقت نشد، در وقت دیگر تمسک به عموم «اوفوا بالعقود» می کنیم. بنابراین اینجا به نحو انشاءات متعدد و تعدد مطلوب نیست، بلکه یک انشاء است و اگر شارع این انشاء و قرار را امضاء نکرد، نسبت به موارد دیگر نیاز به دلیل داریم و عمومات کفایت نمی کند.

من باع شیئا ثمّ ملکه فأجاز ۹۳/۱۲/۲۰

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: من باع شیئا ثمّ ملکه فأجاز

عناوین: اشکالات شیخ اسدالله شوشتری – اشکال اول (خروج از ملک مالک قبل از دخول، بنا بر کشف) – اشکال دوم (جمع شدن دو مالک در آن واحد) – جواب شیخ به هر دو اشکال – اشکال سوم (اشکال کلی به کاشف بودن اجازه) — جواب از اشکال سوم – نقد حضرت استاد به جواب

بحث در این مسئله بود که کسی فضولتاً مال دیگری را فروخته و بعد هم آن مال را از مالکش خریده و به مشتری ردّ کرده و عقد فضولی سابق را امضاء نموده است.

اشکالات شیخ اسدالله شوشتری

در این مسئله اشکالاتی از فخرالمحققین (۱) ، محقق ثانی (۲) و شیخ اسدالله شوشتری نقل شده است که شیخ برخی از اشکالات شیخ اسدالله شوشتری را نقل نموده است. (۳) البته بعضی از این اشکالات اهمیت چندانی ندارد و ما برخی از این اشکالات را نقل می نماییم.

ص: ۶۸۱

۱- إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، فخر المحققین، ج ۱، ص ۴۱۸.
۲- جامع المقاصد فی شرح القواعد، محقق کرکی، ج ۴، ص ۷۳.
۳- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۳۷.

اشکال اول: خروج از ملک مالک قبل از دخول، بنا بر کشف

یکی از این اشکالات عبارت از این است که با توجه به اینکه قول صحیح در تصحیح فضولی با اجازه، قول به کشف است و مشهور بین سابقین هم قول به کشف حقیقی بوده است، طبق این قول در این مسئله قبل از اینکه مال در ملک مالک داخل

شود، از ملک او خارج شده است، زیرا وقتی فضولی این مال را از صاحب آن می خرد، تازه مالک آن می شود، در حالی که بنا بر کشف حقیقی، این مال در زمانی که در ملک او نبوده است، از ملکش خارج شده و به ملک مشتری درآمده است!

اشکال دوم: جمع شدن دو مالک در آن واحد

شیخ اسدالله اشکال دیگری مطرح کرده است که جواب این اشکال با جواب اشکال اول یکی است، منتهی نحوه محذور در هر یک متفاوت از دیگری است، ولی محذورها متلازم با هم هستند و نیازی نبود که جداگانه ذکر بشود. شیخ هم به این مطلب اشاره کرده است که طبق قاعده، نباید این اشکال با دو عنوان مطرح می شد.

این اشکال شیخ اسدالله عبارت از این است که برای تصحیح فضولی باید این مال خریداری شده و وارد ملک فضولی شود تا با اجازه ی او، عقد تصحیح شود. حال اگر بخواهیم بنا بر کشف این عقد را تصحیح کنیم، باید این مالی که در زمان عقد ملک مغازه دار است، از همین زمان عقد ملک مشتری شده باشد و لازمه ی چنین چیزی عبارت از این است که یک شیء در آن واحد دو مالک در عرض هم و مستقل داشته باشد، یعنی هم در ملک مالک اصلی باشد و هم در ملک اصیلی که با این عقد مال به ملک او منتقل شده است. تالی فاسد این مطلب هم این است که لازمه ی جمع شدن دو مالک در آنِ واحد در عرض، موجب تضاد است، زیرا لازمه ی یکی از اینها عدم دیگری است. اشکال اول خروج شیء از ملک شخص، قبل از دخول آن بود، ولی اشکال دوم عبارت از اجتماع نقیضین یا اجتماع دو مالک در عرض هم نسبت به یک شیء واحد است.

جواب شیخ به هر دو اشکال

مرحوم شیخ در جواب مشترک به هر دو اشکال می فرماید که ما قائل به کشف هستیم، ولی دلیل کشف می گوید که از هر زمانی که صلاحیت، قابلیت و امکان داشته باشد، کشف از نقل و انتقال می شود، بر خلاف نقل که از زمان اجازه نقل و انتقال حاصل می شود. طبق کشف مقتضی نقل و انتقال از ابتداء هست و تا هر زمانی که قابلیت باشد و محذور دیگری در کار نباشد، ذاتاً اشکالی در آن نیست. در خصوص این مسئله هم ما می گوییم که به جهت وجود محذور، قابلیت نقل و انتقال از زمان عقد وجود ندارد و خلاصه اینکه ما قائل به کشف به نحو اقتضاء هستیم، ولی در برخی موارد مشکلی پیدا می شود که ما در چنین مواردی از اول قائل به کاشفیت نمی شویم.

اشکال سوم: اشکال کلی به قول کاشف بودن اجازه

شیخ اسدالله در ادامه یک اشکال کرده و بعد هم خودش جواب داده است. ایشان با إن قلت می گوید: این اشکالی که راجع به این موضوع مفروض مطرح شد، اختصاصی به مورد بحث ندارد، بلکه این اشکال به اصل قول به کشف وارد است و بنا بر کشف در سایر موارد دیگر هم این محذور لازم می آید. این اشکال کلی عبارت از این است که مالک اصلی می خواهد راجع به مالی اجازه بدهد که قبلاً این مال از زمان عقد از ملک او خارج شده است، در حالی که اگر بخواهیم اجازه ی مالک را مصحح عقد بدانیم، باید قبلاً مالک باشد، ولی بنا بر کشف می گوییم که از زمان عقد، این مال از ملکیت مالک اصلی خارج شده است. البته بنابر نقل این اشکال پیش نمی آید، زیرا مالک اصلی قبل از اجازه مالک بوده و به وسیله ی اجازه این شیء از ملک او خارج شده است. وقتی هم کسی چیزی را می فروشد، قبل از بیع مالک است، ولی بیع وسیله می شود که این شیء از ملک او خارج بشود. بنابراین، طبق قول به کشف، شما از یک طرف می گویید که باید مالک اصلی اجازه بدهد، از طرف دیگر هم می گویید که از زمان عقد مالک اصلی ملکیتی ندارد و این تناقض است! خلاصه اینکه این اشکال اختصاصی به مورد بحث ندارد و بر اصل قول به کشف وارد است.

جواب از اشکال سوم

ایشان این اشکال را اینطور حل می کند که مالک اصلی به حسب ظاهر و به حسب استصحاب مالک است، زیرا استصحاب اقتضاء می کند که قبل از آمدن اجازه، مالک همین شخص مجیز باشد. در احکام ظاهریه هم از کسی اجازه گرفته می شود که به حسب ظاهر مالک است. بنابراین، در لزوم تحصیل اجازه از مجیز، مالکیت استصحابی و ظاهری هم کفایت می کند. اگر یک کسی به وسیله ی ید یا به وسیله ی استصحاب مالک چیزی باشد، برای تصرفات در آن چیز باید از او اجازه گرفت. در موارد دیگر بنا بر قول به کاشفیت می گوییم که استصحاب اقتضاء می کند که مالک اصلی قبل از اجازه مالک باشد و لذا باید از او اجازه گرفت، ولی در مورد بحث ما قبل از اینکه بایع فضولی مال را از مغازه دار بخرد، مالکیتی در کار نیست تا بگوییم که استصحاباً شخص مالک است و این شخص مجیز حتی استصحاباً هم مالک نیست و هیچ عنوانی بر او منطبق نیست. بنابراین، طبق فرمایش شیخ اسدالله، این اشکال به طور عام وارد نیست و فقط در خصوص همین مسئله مطرح است. به نظرم شیخ هم اصل اشکال را قبول کرده است.

نقد جواب

آنچه که به نظر من می رسد عبارت از این است که استصحاب مطلب نادرستی است، زیرا گاهی اوقات قبل از اینکه اجازه داده شود، انسان یقین پیدا می کند که بعداً اجازه به دنبال این عقد فضولی می آید، ولی آیا با یقین به تعقب اجازه می توانیم به خروج مال از ملکیت مالک اصلی قائل بشویم؟

ص: ۶۸۴

استصحاب در همه جا جاری نیست و در بعضی از موارد اصلاً توجه به مسئله ی استصحاب و حالت سابقه و امثال آن وجود ندارد تا مصداق برای استصحاب باشد. برای جریان استصحاب، انسان باید متوجه مسئله باشد تا بتواند استصحاب را جاری کند. بنابراین با مسئله ی استصحاب نمی توانیم این مشکل را حل کنیم.

آنچه که برای حل این اشکال می توانیم بگوییم، عبارت از این است که از کسی باید اجازه گرفت که اقتضاءً مالک است و لولا الاجازه، مقتضی مالکیت او هست و اگر اجازه نداد، ولو قائل به کشف باشیم، این ملکیت فعلیت پیدا می کند، منتهی اگر شخص اجازه داد، کشف می شود که مال قبلاً از ملک او خارج شده است. بنابراین، اجازه مال کسی است که مقتضی ملکیت در او وجود داشته باشد و لولا الاجازه مالک باشد، نه اینکه در زمان قبل از اجازه مالک باشد، تا شما بگویید که بنا بر کشف، این مال از زمان عقد از ملك طرف خارج شده است. خلاصه اینکه اقتضاء مالکیت در شخص وجود دارد و فقط اجازه مانع از فعلیت است و قهراً اگر شخص اجازه ندهد، ملکیت بالفعل پیدا می کند. بنابراین، این اشکال عقلی را می شود اینطور جواب داد که همین مقدار (ملکیت اقتضائی) در صحت اجازه کفایت می کند.

پرسش: اگر فضولی مال کسی را بفروشد، ملکیت مالك اصلی از فعلیت می افتد و اقتضائی می شود؟

پاسخ: اگر بعداً اجازه بدهد، در مقام واقع اقتضائی بوده و به نحو شرط متأخر است، ولی اگر تا آخر اجازه ندهد، فعلی است. و اگر از چنین کسی اجازه گرفته می شود، از این باب است که مقتضی ملکیت در او وجود داشته است، یعنی لولا الاجازه این شخص مالك بوده است و لازم هم نیست که قبل الاجازه مالك بوده باشد و همین مقدار که لولا الاجازه مالك بوده است، کفایت می کند. ظاهراً شیخ این اشکال را پذیرفته است، ولی به نظرم می رسد که این اشکال قابل حل است.

ص: ۶۸۵

اجازه فضولی بعد از حصول ملکیت نسبت به عقد سابق ۹۳/۱۲/۲۳

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: اجازه فضولی بعد از حصول ملکیت نسبت به عقد سابق

عناوین: تفاوت قول به کشف و نقل در مسئله ی اجازه فضولی بعد از مالك شدن - اشکال اثباتی بنا بر کشف - نظر بزرگان در رفع اشکال – نقد نظر بزرگان

اجازه فضولی بعد از مالك شدن

بحث راجع به این بود که شخص فضولی ملك دیگری را می فروشد و بعداً آن ملك را خریده و اجازه می دهد. مورد بحث این بود که آیا بر اساس کشف یا نقل این اجازه درست است یا نه؟

وجوه مختلفی از شیخ اسدالله شوشتری و قبل از ایشان از فخرالمحققین و محقق کرکی ذکر شده است که عمده ی مباحث عقلی هم در کلمات فخرالمحققین است و دیگران هم تابع ایشان هستند.

تفاوت قول به کشف و نقل در مسئله

در اینجا باید ببینیم که ما به التفاوت بین قول به کشف و نقل در اینجا چیست. همان طوری که شیخ می فرمایند، به صورت مقطوع و مسلم وقوع نقل و انتقال از زمانی که فضولی عقد را انجام داده و قبل از ملکیتش درست نیست، چه قائل به کشف بشویم و چه قائل به نقل و برای این مطلب هم تالی فاسدهای باطلی ذکر کرده اند.

آنچه که گفته شده است و ما می توانیم بگوییم، عبارت از این است که بنا بر کشف از اول بیع ثانی نقل و انتقال می شود و بنا بر نقل از وقت اجازه نقل و انتقال واقع می شود.

ص: ۶۸۶

در مسئله ی مورد بحث ما سه مرحله داریم: یک مرحله عقد اول است، مرحله ی دوم اشتراء فضولی است و مرحله ی سوم هم اجازه است.

بنابر نقل از مرحله سوم -که اجازه محقق می گردد- نقل و انتقال حاصل می شود، ولی بنابر کشف در زمان عقد دوم –بین عقد اول و اجازه- نقل و انتقال حاصل می شود. بنابراین، ما به التفاوت بین کشف و نقل عبارت از این است و طبق این بیان اشکال عقلی هم پیش نمی آید.

اشکال اثباتی در مسئله

منتهی بحث در این است که ما اگر نقل قائل نشدیم چنین کشفی را باید قائل شویم ثبوتا چنین کشفی اشکال ندارد اما اشکال ما اشکال اثباتی بود و این اشکال تنها در این مورد نیست، بلکه در موارد دیگری هم این اشکال وارد است. مثلاً وقتی انسان یک خانه ی مشترک بین خودش و دیگری را می فروشد، نسبت به سهم شریکش فضولی است و باید ببینیم که عقد نسبت به نصف خودش لازم است و نصف دیگری احتیاج به اجازه دارد، یا اینکه عقد از اول حتی نسبت به نصفی هم مالك است، صحیح نیست؟

نظر بزرگان در رفع اشکال

از کلمات بزرگان استفاده می شود که اگر مایَملك و ما لایَملك یا ما یُملك و ما لا یُملك در انشاء واحد فروخته شد، معامله نسبت به آن مقداری که شارع امضاء کرده است، واقع می شود، ولی نسبت به آن مقداری که امضاء نکرده است، فضولی می شود.

نقد نظر بزرگان

منتهی این مطلب برای ما روشن نیست که چرا اینطور بشود. اگر تفاهم عرفی عبارت از این باشد که به تعداد اجزاء آن عینی که فروخته شده است انشاء است و شارع برخی را امضاء و برخی را امضاء نکرده است اگر اینطور باشد حرفی نیست ولی وجداناً چنین نیست، زیرا شخص که می خواهد انشاء کند، نه از نظر انشاء تعدد دارد و نه از نظر مطلوب و ممکن است که مطلوب واحد ارتباطی باشد و تعدد مطلوب در کار نباشد، مثل اینکه شخص می خواهد که یک خانه منتقل بشود و آن کسی هم که می خرد، مقصودش خریدن یک خانه است و اگر بداند که فقط قسمتی از خانه به او منتقل می گردد، حاضر به انجام معامله نخواهد بود. و خیلی از اشخاص اصلاً حاضر نیستند که به این شکل معامله کنند و خلاصه از نظر طرف مقابل و از نظر انشاء چنین انحلالی درست نیست و محل اشکال است.

بنابراین همین طوری که در صورت عرضـی این اشـکال وجود دارد، در صورت طولی هم این اشکال هست که بخواهیم انشاء را به عـدد ایـام منحل کرده و بگوییم: انشائات اوائل واقع نشـده، ولی انشائات اواخر واقع شـده است، یا بگوییم: انشائات اواخر اشـکال دارد، ولی قسـمتهای اوائـل درست است و به نظر مـا چنین چیزی درست نیست. پس مـا نمی توانیم بـا اسـتناد به «أوفوا بالعقود» بگوییم که چون وقوع نقل و انتقال از اول عقد اشـکال عقلی دارد، قائل به انحلال شده و از زمان عقد ثانی که اشکال عقلی نـدارد قائـل به نقل و انتقال شویم. یک چنین چیزی درست نیست. این اشـکال ثبوتی نـدارد ولی اشـکال اثباتی هم نباید داشـته باشـد. و در اینجـا اشـکال اثباتی وجود دارد بنابراین این مسـئله برای ما خیلی جا نیفتاده است که چرا آقایان قائل به این مطلب شده اند؟!

بنـابراین شـیخ آن وجوه را قبول نمی کنـد و اگر این اشـکال اثباتی را که ما عرض کردیم، در نظر نگیریم، بحث عمـده و قابل ملاحظه در این خواهـد بود که برخی از وجوهی را که شـیخ عنوان کرده است، ماننـد «لا تبع ما لیس عندک» را مورد بررسـی قرار بـدهیم که آیا طبق این روایت می توانیم بگوییم که با اجازه یا بی اجازه این عقـد قابل تصـحیح نیست و بایـد جدیداً یک عقدی خوانده بشود و آن عقد قبلی کلا عقد است؟

اجازه ی عاقد فضولی بعد از مالک شدن ۹۴/۰۱/۱۶

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: اجازه ی عاقد فضولی بعد از مالک شدن

ص: ۶۸۸

عناوین: بررسـی روایات مسـئله – روایت یحیی بن حجاج – روایت خالـد بن الحجاج – احتمالات مختلف در معنای «انما یحلل الکلام و یحرم الکلام» – صحیحه ی ابن مسلم – صحیحه ی منصور بن حازم – صحیحه ی معاویه بن عمار

اجازه عاقد فضولی بعد از مالک شدن

بحث مـا در این مسـئله بود که شخصـی فضولتاً ملک دیگری را فروخته و بعـداً مالک آن ملک شـده و نسـبت به عقـد فضولی سـابق اجـازه داده است. بحث در این است که آیـا این عقـد بـا اجـازه تصـحیح می شود یا نه؟ در این مسـئله بحثهای عقلی هم مطرح شده است، ولی بحث معتنی به و قابل ملاحظه بررسی روایاتی مسئله می باشد.

بررسی روایات مسئله

شـیخ روایات مسـئله را که ذکر کرده و می فرمایند: در این مسـئله دو دسـته روایات وجود دارد که یک دسـته روایات و اخبار مستفیضه ای است که ناظر به این است که بیع ما لیس عنده ممنوع است. قهراً اگر کسی ملک دیگری را فروخته باشد، محکوم به بطلان است و برای تصـحیح این معامله، اجازه بعـدی خود شـخص به درد نمی خورد. البته اینکه اجازه ی خود مالک برای تصحیح عقد فایده دارد یا ندارد، بحث دیگری است که قبلاً بحث آن گذشت و ما هم استظهار کردیم که این روایت راجع به

اجـازه ی مالـک نیست و نـاظر به این نیست که اگر مالک اجازه داد، عقـد برای او واقع می شود یا نمی شود؟ و فعلاً بحث در این است که اگر شـخص ملک دیگری را بفروشد و بعداً مالک آن شـیء شود، اجازه ی او مصـحح این عقد است یا نه؟ یک دسته روایات عامه داریم که بعداً باید راجع به این روایات بحث کنیم.

ص: ۶۸۹

بررسی روایات خاصه

روایت یحیی بن حجاج

یک دسته روایات خاصه هم داریم که راجع به این مسئله می باشد. یکی از این روایات، روایت یحیی بن حجاج است که شیخ راجع به آن اینطور تعبیر می کنـد: «و خصوص روایه یحیی بن الحجـاج المصـححه إلیه قـال: سألت أبا عبـد الله علیه السـلام عن رجل یقول لی اشتر لی هـذا الثوب و هذه الدابه و بعنیها أربحک فیها کذا و کذا قال لا بأس بذلک اشترها و لا تواجبه البیع قبل أن تسـتوجبها أو تشتریها». در اینجا دو سؤال مطرح است، یک سؤال عبارت از این است که چرا شیخ در اینجا تعبیر به مصححه کرده است نه صحیحه و سؤال دوم هم این است که چرا ایشان تعبیر به «المصححه إلی یحیی» نموده است با اینکه بعد از یحیی فقط امام علیه السلام است و فرد دیگری در کار نیست؟

علت تعبیر به مصححه به جای صحیحه

امـا راجع به سؤال اول بایـد بگوییم که در علت تعبیر ایشـان به مصـححه به جـای صـحیحه عبارت از این است که در سـند این روایت محمـد بن عیسـی قرار دارد -که عبارت از عبیـدی است- و وثاقت و صـحت روایت این محمد بن عیسـی محل بحث و کلام است و بعضـی از قدماء او را ضـعیف حساب می کردند، منتهی طبق تحقیق روایات او صـحیح است و لذا کلمه مصـححه بکار رفته است، یعنی هر چند از نظر بعضی ها روایات او درست نیست، ولی با ادله روایات او تصحیح شده است و لذا با توجه به این که در وثاقت او دو نظر وجود دارد و با ادله یک طرف اثبات شده است، تعبیر به مصـححه شده است واین تعبیر صـحیح می باشد.

علت تعبیر به «المصححه الیه»

و اما تعبیر ایشان به «المصححه إلیه» به جهت احتیاط می باشد، زیرا نقل مستقیم یحیی بن حجاج از حضرت محل بحث و کلام است و معمولاً روایاتی که یحیی از امام علیه السلام نقل کرده است، با واسطه ی برادرش خالد بوده است. در جاهای دیگر سه روایت نقل شده است که در برخی از آنها محمد بن عیسی عن یحیی بن حجاج عن خالد بن حجاج نقل شده است و در برخی هم محمد بن عیسی ذکر نشده است، ولی عن خالد بن حجاج وجود دارد. با بررسی این روایات و اینکه راجع به یک مسئله ی واحد است، این شبهه قدری تقویت می گردد که این روایات واحد باشد و راوی آنها هم واحد باشد و قهراً خالد بن حجاج در سند روایت سقط شده است. و چنین شبهه و تأملی در اینجا هست، و اشخاصی که خیلی سر و کار با تصحیفات ندارند، این احتمالات در نظرشان قابل اعتناء نیست، در حالی که اگر انسان قدری با تصحیفات آشنا باشد، در می یابد که این احتمال، احتمال بجایی است.

نظر مرحوم آقای بروجردی

مرحوم آقای بروجردی هم در ترتیب الاسانید کافی-که نسخه ی خطی اش یک وقتی پیش من بود- راجع به این روایت متمایل به این شده است که خالد بن حجاج در سند روایت افتاده است. البته ایشان به صورت بتّی نمی گوید که چنین سقطی واقع شده است، ولی میل به این احتمال پیدا کرده است. بنابراین، با توجه به این احتمال شیخ احتیاط کرده و تا یحیی بن حجاج را مصحح دانسته است، ولی با توجه به احتمال وجود خالد در طریق روایت و عدم توثیق او ایشان به طور مسلم می فرماید که این روایت تا یحیی تصحیح شده است و اشکالی در آن نیست و اگر هم مشکل فی الجمله ای باشد، راجع به راوی بعدی است که احتمالاً- از سند افتاده است. البته احتمال وجود خالد در سند روایت، بنا بر بعضی از احتمالات ممکن است مشکل ساز باشد، ولی به احتمال مظنون یا به احتمال ظاهر از آن ناحیه هم مشکلی نیست. زیرا هر چند نسبت به توثیق خالد بن حجاج صریحاً چیزی ذکر نشده و وثاقت او روشنِ روشن نیست، ولی به نحو ظهور می شود گفت که او هم توثیق شده است، زیرا نجاشی این طور تعبیر کرده است که «یحیی بن حجاج ثقه و اخوه» و در ادامه هم می گوید: «روی عن ابی عبدالله علیه السلام له کتاب». یک احتمال -که احتمال ضعیف است- عبارت از این است که مراد از «ثقه و اخوه روی عن ابی عبدالله علیه السلام» این باشد که خود راوی حضرت را درک نکرده است و اگر مثلاً- یحیی از حضرت روایتی داشته باشد، به واسطه برادرش است، نه اینکه خودش مستقیم از امام علیه السلام روایت کرده باشد.

ولی احتمال ظاهر –که در اینگونه موارد هم وارد است- عبارت از این است که «اخوه» عطف بر ضـمیر مستتر باشد، یعنی «ثقه هو و اخوه» و قهراً با این احتمال اگر سـقطی هم در این روایت شـده باشـد، باز هم روایت صـحیح خواهد بود و علی أی تقدیر تعبیر «المصححه الیه» در فرمایش شیخ، یک تعبیر احتیاطی است که تعبیر خوبی است.

پرسـش: در صـورتی که سـند اینطـور بوده باشـد که «عن یحیی بن حجـاج عن اخیه، خالـد بن حجـاج» به جهت تکرار حجـاج احتمال پرش قلم و سقط خیلی طبیعی است؟

پاسـخ: بله، اینطور است و بـا توجه به اینکه اصـل روایت راجع به یـک موضوع است و در بـاب نقـل به معنی هم کم و زیـاد و اضافات واقع می شود، احتمال وحدت روایت قابل ملاحظه است.

بررسی متن روایت

در این روایت تعبیر می کند: «عن رجل یقول لی اشتر لی هذا الثوب»، در بعضی از نسخ «لی» هم ندارد و فقط تعبیر به «اشتر لی هذا الثوب» است. «و هذه الدابه» یا «أو هذه الدابه» «و بعنیها»، یعنی بفروش به من.

در این کتاب کافی که در پانزده جلد تصحیح شده است، موارد بسیاری تصحیح شده است و انصافاً خیلی زحمت کشیده شده و اهتمام به خرج داده شده است، ولی متأسفانه در پاورقی به جای «بعنیها» به غلط «بعینها» نقل شده است.

«اشتر لی هـذا الثوب أو هـذه الـدابه» یا «و هـذه الدابه و بعنیها»، البته شاید با توجه به اینکه تعبیر به «بعنیهما» نشده است، تعبیر به «أو» بهتر و مناسب تر باشـد و در بعضـی از نسخ هم تعبیر به «أو» شده است. «أربحک فیها کذا و کذا قال لا بأس بذلک اشترها و لا تواجبه البیع قبل أن تستوجبها أو تشتریها»، یعنی شما قبل از درخواست فروش کالا و قبل از اشتراء، به طور منجز ایجاب بیع نکنید و در هر دو صورت ایجاب بیع به صورت منجز صحیح نیست.

البته مرحوم مجلسی این اختلاف تعبیر را به تردید راوی نسبت داده است به این معنی که راوی مردد بوده که آیا امام علیه السلام تعبیر به «تستوجبها» فرمود است یا تعبیر به «تشتریها»، ولی به نظر ما می شود این عبارت را اینطور معنی کنیم که اگر قبل از درخواست بیع و قبل از شراء در هر دو صورت نباید اثر بیع صحیح را بر آن مترتب کند و در هر دو صورت این کار جایز نیست.

پرسش: اولی به چه معنا است؟ پاسخ: استیجاب به معنای طلب فروش است، یعنی تو این مال را به ما بفروش. روایت می گوید: قبل از طلب فروش و قبل از خود فروش، در هر دو صورت، ایجاب بیع به صورت منجز فایده ای ندارد و باید اول فروش محقق بشود و بعد از آن اگر خواست به دیگری بفروشد، مانعی ندارد.

روایت خالد بن الحجاج

روایت دیگری که ذکر شده است، روایت خالد بن الحجاج است که اینطور وارد شده است: «قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام الرجل یجیئنی و یقول اشتر هذا الثوب و أربحک کذا و کذا». بعد از این که این شخص این را می گوید، حضرت می فرمایند که آیا در این انشاء، معامله تمام شده فرض گردیده است و فقط تسلیم متاع باقی مانده است که شخص برود و آن را تهیه کرده و به طرف مقابل بدهد، یا اینطور نیست و فقط یک مقابله ای در نظر گرفته شده است و طرف مقابل ملزم به پذیرفتن آن نیست و آزاد است که بگیرد یا نگیرد، «إن شاء اخذ و إن شاء ترک؟» در صورت اول معامله صحیح نیست، ولی در صورت دوم اشکالی ندارد. «قال أ لیس إن شاء أخذ و إن شاء ترک قلت: بلی قال: لا بأس به إنما یحلّل الکلام و یحرّم الکلام».

ص: ۶۹۳

احتمالات مختلف در معنای «انما یحلل الکلام و یحرم الکلام»

شیخ در بحث معاطاه راجع به این تعبیر «إنما یحلل الکلام و یحرم الکلام» پنج احتمال بیان کرده بود که در همین بحث فعلی بیع فضولی هم به سه احتمال اشاره می فرماید.

احتمال اول: یکی از احتمالاتی که ایشان قبلاً ذکر کرده و در اینجا بیان نفرموده است، این احتمال است که لفظ دارای نقش است و عمل خارجی بدون لفظ فایده ای ندارد بنابراین معاطاه به درد نمی خورد چون انشاء اش به وسیله ی لفظ نیست، بلکه به وسیله ی فعل است.

احتمال دوم: احتمال دیگری که ایشان قبلاً ذکر کرده است، ولی در اینجا نیاورده است، عبارت از این است که گاهی یک مطلب واحد با تعبیرات مختلفی بیان می شود و همین عبائر مختلف گاهی در صحت و فساد نقش پیدا می کند.

سه احتمال دیگر هم در معنای این عبارت وجود دارد شیخ هم در بحث معاطاه ذکر کرده است و هم در اینجا بیان فرموده است.

احتمال سوم: احتمالی است که مرحوم فیض بیان نموده است که معنای عبارت «إنما یحلل الکلام» عبارت از این است که نفی و اثبات صحت معامله وابسته به خود کلام است. اگر کلام به نحو بیعی و عقدی واقع نشد، ترتیب یک آثاری که در حد بیع نیست، اشکالی ندارد و نفی صورتی که به نحو عقد البیع است، محلل و اثباتش محرم است و ترتیب اثر دادن به نحو عقدالبیع باطل است. این احتمال، خیلی بعید است.

احتمـال چهـارم: احتمال دیگر عبارت از این است که اگر مشتری قبلاً اشتراء کرده باشـد، باطل است و ترتیب اثر دادن صـحیح نیست، ولی بعـد از اینکه خریـد از طرف، بیع و شـرائی واقع شـده باشـد، اشـکالی ندارد و خود اشتراء از نظر قبل و بعدش فرق دارد.

احتمال پنجم: یک احتمال هم عبارت از این است که بگوییم اگر به شـکل مقابله باشـد، حلال است، ولی اگر به نحو عقدالبیع باشد، باطل و حرام است.

خلاصه این روایت از روایاتی است که از آن استفاده می شود که چنین بیعی منهی است.

صحیحه ی ابن مسلم

«و صـحیحه ابن مسلم قال: سألته عن رجل أتاه رجل فقال له ابتع لی متاعا لعلی أشتریه منک بنقد أو نسیئه»، یعنی تو این متاع را بخر و اگر اسـتخاره مان خوب آمـد، ما این متاع را از تو می خریم و حالا ببینیم بعـداً چه می شود! در اینجا شـخص به صورت بتّی قول نمی دهـد که این متاع را بخرد، بلکه می گویـد: تو برو و این متاع را بخر و شایـد من از تو این متاع را خریـدم! طرف مقابـل هم به نفس این احتمال حاضـر می شود که این متاع را بخرد، «فابتاعه الرجل من أجله»، یعنی به خاطر این حرف او، این شخص می رود و متاع را می خرد. «قال لیس به بأس إنما یشتریه منه بعـد ما یملکه»، یعنی بعد از اینکه این شـخص مالک شد، آن مشتری از او می خرد. از مفهوم این عبـارت اسـتفاده می شود که اگر مشتری قبـل از مالک شـدن طرف مقابل بخواهـد این متاع را بخرد، صحیح نیست و اشکال دارد و «فیه بأس».

ص: ۶۹۵

صحیحه ی منصور بن حازم

«و صحیحه منصور بن حازم عن أبی عبد الله علیه السلام فی رجل أمر رجلا یشتری له متاعا فیشتریه منه»، او بخرد و بعد از اینکه اوخرید، این شخص هم از او اشتراء کرده و بخرد. «قال لا بأس بذلک إنما البیع بعد ما یشتریه»، چون بیع بعد از مالک شدن است، اشکالی ندارد و صحیح است و قبل از مالک شدن نیست تا محل اشکال باشد.

صحیحه ی معاویه بن عمار

«و صحیحه معاویه بن عمار قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام یجیئنی الرجل فیطلب منی بیع الحریر و لیس عندی منه شی ء فیقاولنی علیه و أقاوله فی الربح و الأجل حتی نجتمع علی شی ء»، شخصی حریر لازم دارد و از من درخواست می کند، ولی من ندارم و آن شخص با من اینطور مقاوله می کند که من بروم و حریر مورد نیاز او را بخرم و یک مقداری هم حق الزحمه و ربح به من پرداخت کند. خلاصه با هم توافق کرده و مقدمات کار را قبلاً تمام می کنیم، منتهی اصل عقد برای بعد می ماند.«ثم أذهب لأشتری الحریر فأدعوه إلیه»، بعد هم من این کار را انجام می دهم. حضرت می فرمایند که اگر الزامی برای طرف مقابل در خرید این حریر نباشد و در صورتی که حریر مناسب تری از جهت قیمت یا مرغوبیت دید، بتواند آن را بخرد، در این صورت اشکالی ندارد، ولی اگر معامله را تمام شده به حساب آورده باشند، اشکال دارد و ممنوع است. «فقال أ رأیت إن وجد هو مبیعا أحب إلیه مما عندک أ یستطیع أن ینصرف إلیه عنه و یدعک»، او چنین اختیاری دارد که اگر حریر بهتری پیدا کرد، این حریر را از تو نخرد، و یا تو این اختیار را داری که بعد از خرید حریر، به او نفروشی و خلاصه اینکه اگر کلا الطرفین اختیار دارید، این نوع معامله ممنوع نیست، اما اگر از یک ناحیه الزامی باشد، ظاهر ابتدائی روایت عبارت از این است که محل اشکال است. «أو وجدت أنت ذلک أ تستطیع أن تنصرف عنه و تدعه قلت نعم قال لا بأس. و غیرها من الروایات».

خلاصه اینکه روایات متعددی در مسئله هست و شیخ اول نسبت به دلالت آنها نسبت به مقصود اشکال می کند، ولی بعد این اشکالات را ردّ کرد و تمامیت روایات را قبول می کند، منتهی یک بحثهایی هست که فردا إن شاءالله به آن اشاره می کنیم.

اجازه ی عاقد فضولی بعد از مالک شدن (روایات) ۹۴/۰۱/۱۷

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: اجازه ی عاقد فضولی بعد از مالک شدن (روایات)

عناوین: بررسی دلالت روایات ناهیه بر بطلان – معنای فساد معاملات – اقسام نقل و انتقال – معنای صحت در فرمایش مرحوم شیخ – اشکال: اکثر روایات ناهیه راجع به معامله ی کلی است.

بررسی دلالت روایات ناهیه بر بطلان

ایشان ابتدا روایت ناهیه را نقل می کنند، ولی بعداً استدلال به این روایات بر بطلان را ردّ می نمایند.

ابتدا می فرمایند (۱) : اگر در بعضی جاها نهی دلالت بر فساد نکند، ولی در این موارد که مسائل معاملی است دلالت بر فساد دارد به این معنی که ترتیب اثر خارجی دادن به این معامله ممنوع است و این عباره اخرای فساد معامله است. البته نهی در ابوابی مثل حج– که از متروکات احرام نهی شده است– نهی تکلیفی است، ولی چون الفاظ در معاملات از نظر عرف جنبه ی مقدمیت برای ترتیب آثار را دارد، نهی از آن به این معنی است که عنوان مقدمیت فایده ندارد و آثار مورد نظر مترتب بر آن نمی باشد.

معنای فساد معاملات

ایشان می فرمایند: حرفی در این نیست که نهی در اینجا دلالت بر فساد دارد، ولی باید ببینیم که میزان در فساد چیست و آیا معنای فساد این است که کأنّ شیء منهی وجود خارجی پیدا نکرده است؟! آیا معنای فساد این است که شیء منهی در عدم محض باقی مانده است؟! چنین چیزی مراد نیست، بلکه مراد از فساد معامله عبارت از این است که هدف متعاملین عملی نیست و اثباتاً و نفیاً هیچ کاری به این ندارد که این شیء موضوع برای حکم دیگر یا اثر شرعی دیگری باشد. نظر متعاملین این است که با نفس عقد لزوم نقل و انتقال حاصل بشود، ولی شارع می گوید: چنین چیزی در کار نیست.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۴۹.

اقسام نقل و انتقال

یک قسم از نقل و انتقال وجود دارد که شیخ نسبت به آن ادعایی ندارد و در مقام نفی آن نیست. این قسم عبارت از این است

که در همـان زمـانی که زیـد مالك عین خارجی است، شـخص بخواهـد عمرو را مالك آن عین خارجی بکنـد. احتمال نقل و انتقـال نسـبت به این قسم در کـار نیست و سؤال جواب روایـات هم برای اثبات و نفی این موضوع نیست. بنابراین، این قسم در معرض نفی و اثبات نیست، ولی دو مورد قابل شک و تردیـد است: یکی عبارت از این است که ما بگوییم: وقتی شـخص قالی موجود در مغـازه ی عمرو را به زیـد می فروشـد، بـا این عقـد یـک ملکیتی برای زیـد حاصل می شود که مملوکش عبارت از مـالکیت زیـد بعـد از خروج از ملـك عمرو است، یعنی ملکیت الاـن حاصل است، ولی مملوك به نحو شـرط واجب و بعـد از خروج از ملـك عمرو است. مملـوك در اینجـا به نحو شـرط واجب است به عبـارت دیگر خروج از ملـك عمرو شـرط واجب است مانند وضو که شـرط واجب در نماز است، نه به نحو شـرط وجوب مانند اسـتطاعت که شرط وجوب حج است. اگر نماز واجب شـد، تحصـیل وضو لاـزم است چون شـرط واجب است، در اینجـا هم شـخص می خواهـد آن قـالی را از عمرو بخرد و تحویل زیـد بدهـد و می تواند این کار را بکند و اگر شارع این معامله را امضاء کرده باشد، معنایش عبارت از این است که تو بایـد این مال را بخری و تحویل زید بدهی و این کار بر تو واجب است. در این صورت هیچ اشـکال عقلی یا عرفی هم در کار نخواهـد بود. بنابراین اگر شارع چنین معامله ای را امضاء کنـد، معنایش عبارت از این خواهـد بود که باید شـخص این قالی را تهیه کرده و به شـخص مشتری تحویل بدهـد، ولی ممکن است شارع این معامله را امضاء نکند و اشـکالی هم ندارد و خلاصـه اینکه شارع هم می تواند این معامله را امضاء بکند و هم می تواند امضاء نکند. بنابراین در این صورت ملکیت فعلی است، ولی مملوکش متأخر است.

ص: ۶۹۸

صورت دیگر این است که است تملیک هم متأخر باشد مانند اجاره که آقایان در آنجا گفته اند می شود که متعلق آن – تملیک المنفعه- متأخر باشد و مثلاً شخص موجر یک ماه دیگر منفعت را به طرف مقابل تملیک می کند. در مسئله ی مورد بحث هم ممکن است که نقل و انتقال به نحو ملکیت متأخر باشد، به این معنی که ایجاد ملکیت بعد از خرید آن قالی از صاحب مغازه باشد به نحو شرط واجب، یعنی متعلق ملکیت عبارت از امر متأخری است که بعد از خرید آن عین باید واقع بشود.

بنابراین، نقل و انتقال به هر دو صورت قابل تصویر است که یا ملکیت مقارن و مملوک متأخر باشد یا اینکه ملکیت هم متأخر باشد و در هر دو صورت هم لزوم تحصیل وجود دارد. هر دو قابل تصویر است و شارع به وسیله ی این روایات این معامله را ابطال کرده و گفته است که شما چنین حقی ندارید. حال باید ببینیم که مقصود شارع چیست؟

مقصود عبارت از این است که به نفس خرید این قالی از صاحب مغازه و بدون هیچ حالت منتظره، این قالی به مشتری منتقل نمی شود و روایات چنین چیزی را نفی می کند.

مرحوم شیخ می فرماید: مورد بحث ما راجع به این است که حتی با اجازه هم این معامله را نفی کنیم، ولی روایات ناظر به این قسم نیست و فقط راجع به این است که با نفس این خرید، عین مال به شخص خریدار منتقل نمی گردد و چنین چیزی در روایات نفی شده است، اما اینکه آیا این عقد با اجازه هم تصحیح می شود یا نه – که مورد بحث ماست- روایات ناظر به نفی و اثبات چنین چیزی نیست.

ص: ۶۹۹

مرحوم شیخ ابتداء به این مطلب اشاره می فرمایند، ولی بعداً از آن عدول کرده و می فرمایند (۱) که انصاف این است که روایات فقط ناظر به نفی نقل و انتقال به نفس خرید نیست و اینطور نیست که کاری به صورت تصحیح با اجازه نداشته باشد.

معنای صحت در فرمایش شیخ

البته بیان ایشان در مقام ردّ نظر اولشان خیلی روشن نیست. ایشان در یک بیان می فرمایند که ما ابتداء باید ببینیم که مفهوم صحت چیست؟ و وقتی گفته می شود که فلان چیز صحیح است، مراد از این صحت چیست؟ اگر معنای صحت روشن بشود، معنای روایات ناهیه -که نفی صحت می کنند- هم روشن خواهد شد.

اگر در یک معامله مقصود شخص واقع نشود و آنچه که واقع شده است، مباین با مقصود او باشد، معامله صحیح نخواهد بود، ولی اگر اصل مقصود واقع بشود، اما بعضی از خصوصیات و جزئیات مثل شرط و امثال آن واقع نشود، ممکن است ما حکم به صحت کنیم.

مرحوم شیخ می فرمایند: وقتی شما در بیع انشاء می کنید، با انشاء مسئله ی قبض و اقباض واقع نمی شود، ولی برای اینکه این معامله مورد امضاء شرع قرار بگیرد و صحت شرعی داشته باشد، قبض هم معتبر است.

حال اگر نقل و انتقال در یک معامله با یک شرط یا یک اضافه ای واقع می شود، مع ذلک شما می گویید که معامله صحیح است، در صورتی هم که بگوییم: معامله صحیح نیست، به این معنی خواهد بود که حتی با قبض هم این معامله صحیح نیست و مسئله ی اجازه هم مانند قبض است و لذا اگر گفتند که معامله صحیح نیست، اجازه هم بی فایده خواهد بود.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۵۲.

بنابراین، اگر آنچه محقق شده است، مباین با مقصود شخص باشد، معامله صحیح نخواهد بود، ولی اگر مقصود حاصل شده باشد، منتهی دارای یک شرط یا قیدی باشد، در صورتی که ادله ی ناهیه این مورد را نفی کرده باشد، معنایش این است که در این مسئله، حتی با قبض و یا با اجازه هم عقد صحیح نخواهد بود.

مرحوم شیخ تعبیر دیگری هم دارد که مطابق با تصوری است که ما در نظر گرفته بودیم. ما عرض می کردیم که در خیلی از موارد، مقتضای اطلاق در طرف اثبات یک معنایی است که در طرف نفی، مقتضای اطلاق چنین چیزی نیست و طرف نفی برای خود اطلاق دیگری دارد. مثلاً وقتی شما می گویید که اظنُّ، گمان می کنم فلان مطلب چنین باشد، به این معنی است که احتمال از حد وسط بالاتر رفته است، ولی اگر بگویید: ما اظنُّ ان یکون کذا، نقیض مورد قبلی نیست. و به معنای ظن به عدم است و این دو ضدان هستند

در مورد بحث ما هم اگر بگویند که معامله صحیح است، ممکن است بگوییم که اطلاق صحت اقتضاء می کند که معامله با همان خصوصیاتی که طرفین قصد کرده اند، صحیح است، ولی اگر گفتند که معامله صحیح نیست، اطلاقش اقتضاء می کند که حتی با شرط هم تصحیح نشود. پس قهراً نسبت بین اطلاق اثبات و اطلاق نفی، نقیضین نمی شود و لذا اگر بگوییم که شارع این معامله را درست نمی داند، اطلاق این نفی اقتضاء می کند که حتی با شرط هم درست نباشد.

به یک تعبیر دیگر می توانیم بگوییم که اگر عقد به نحو وحدت مطلوب باشد و اگر حالت منتظره باشد، اصلاً شخص تمایلی به انجام چنین معامله ای ندارد، نتیجه عبارت از این خواهد بود که چون یک مقصود وجود دارد و آن هم انتقال این عین به زید به مجرد خرید از عمرو است، وقتی شارع این عقد را امضاء نکند، معامله محقق نخواهد بود، ولی متعارفاً عقود اشخاص به نحو تعدد مطلوب است، یعنی ممکن است مطلوب اولی حصول این انتقال به مجرد خرید باشد، ولی اگر شارع بگوید که این عقد احتیاج به اجازه دارد، از نظر شخص اشکالی ندارد، زیرا مقصود به نحو تعدد مطلوب است.

بنابراین، اولاً می توانیم بگوییم که از نظر شخص مهم نیست که عقد با اجازه تصحیح بشود یا به مجرد خرید انتقال حاصل بشود و در نظر او بین این دو مورد تفاوت اساسی وجود ندارد، اگر هم به نحو تعدد مطلوب باشد، مقصود شخص در درجه ی اول عبارت از این است که خود به خود با خرید عین منتقل بشود، ولی اگر شارع این صورت را امضاء نکرد، عقد با اجازه تصحیح خواهد شد.

ولی اگر شارع گفت که من چنین معامله هایی را قبول ندارم، معنایش این خواهد بود که هیچکدام از این دو مطلوب را امضاء نمی کند.

خلاصه اینکه اولاً در نظر شخص خیلی مهم نیست که نقل و انتقال به مجرد خرید حاصل بشود و یا با اجازه. و در ثانی هم ممکن است به نحو تعدد مطلوب باشد، ولی اگر شارع صحت عقد را نفی کند، قهراً این نفی حتی با اجازه هم حاصل خواهد بود و بالاطلاق استفاده می شود که حتی به نحو تعدد مطلوب هم کالعدم است والّا چون مولا در مقام بیان است باید به این مطلب اشاره بکند که عقد در آن حدی که مورد نظر توست واقع نمی شود، ولی در این حد (مثلاً با اجازه) واقع می گردد.

ص: ۷۰۲

خلاصه از بیانات شیخ با این مطالب اضافه ای که ما بیان کردیم، دلالت نواهی بر بطلان چنین عقودی استفاده می شود.

اشکال: اکثر روایات ناهیه راجع به معامله ی کلی است

مرحوم شیخ در ادامه می فرمایند (۱) که یک اشکال اساسی و مهم در اینجا هست و آن عبارت از این است که اکثر روایات راجع به معامله ی کلی است نه شخصی. در این روایات شخص خودش ملکی ندارد و یک کسی از او تقاضا می کند که یک چیزی را برای او بخرد. حضرت می فرمایند: اگر بعد از مالکیت بخواهد به طرف بفروشد، اشکالی ندارد، ولی قبل از اینکه مالک بشود، اشکال دارد. این تعبیر بر اساس مبنای امامیه و روایات امامیه درست نیست. البته در بیع شخصی معین، اگر کسی قبل از اینکه مالک شود، بخواهد آن را بفروشد، درست نیست حتی به این نحو که بعداً آن را بخرد و تحویل مشتری بدهد. چنین بیعی درست نیست و اشکالی در عدم صحت آن نیست، اما در موارد کلی مثل همین مواردی که در روایت به آن اشاره شده، مثلاً بایع حریر ندارد، ولی حریر کلی را به مشتری می فروشد و بعداً آن را خریداری کرده و تحویل می دهد. صحت این موارد تقریباً مورد تسلم امامیه است و حتی اگر شخص بخواهد حالّا بفروشد و از مغازه ی بغل دستی اش تهیه کند و به مشتری بدهد، باز هم بر مبنای امامیه اشکالی ندارد، البته بیع به صورت حالّی را سنی ها جایز نمی دانند.

ص: ۷۰۳

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۵۲.

از این روایات استفاده می شود که تا نخریده باشد، نمی تواند آن را بفروشد (طبق قول سنی ها) و این قول بر خلاف مذهب امامیه است و لذا روایات ناهیه را یا باید حمل به کراهت کرده و بگوییم: در معاملات کلی، تا شیء را نخریده است، فروختن آن مکروه است و یا حمل بر تقیه کنیم و در هر دو صورت نمی توان به این روایات برای مختار خود استدلال کرده و حکم به بطلان کنیم.

توضیح عبارات مرحوم شیخ- بررسی روایات ناهیه ۹۴/۰۱/۱۸

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: توضیح عبارات مرحوم شیخ- بررسی روایات ناهیه

عناوین: مرحوم شیخ: روایات در مقام نفی مقصود است (حصول نقل و انتقال با خرید عین) - اشکال بر فرمایش شیخ (برخی روایات ناظر به صورت اجازه است) - دلالت صحیحه ی معاویه بن عمار بر صورت اجازه - تفصیل بین علت ثبوتی و اثباتی

یک توضیحاتی راجع به عبارات مرحوم شیخ در مکاسب بیان می کنیم و راجع به روایات هم عرائضی را بیان می کنیم.

توضیح عبارت مرحوم شیخ در مکاسب راجع به روایات ناهیه

مرحوم شیخ در یک عبارتی اینطور تعبیر می کند که روایات نهی کننده از «بیع ما لیس عنده»، راجع به نفی خصوص موردی است که شخص بعد از فروختن مال دیگری، آن را خریداری کرده و به مشتری تحویل می دهد و نسبت به عقد فضولی سابق اجازه می دهد. روایات نهی کننده خصوص این مورد را نفی می کند [(۱)]. پس مرحوم شیخ ابتداءً این معنی را تقویت کرده و می گوید: ظاهر اخباری که از بیع ما لیس عنده نهی کرده است، خصوص این مورد است، «الظاهر إراده حکم خصوص صوره تملکه بعد البیع»، یعنی بعد از اینکه شخص مالک شده است، می خواهد آن را به مشتری بفروشد. «الظاهر إراده حکم خصوص صوره تملکه بعد البیع و إلاـ فعدم وقوعه له قبل تملکه مما لایحتاج إلی البیان». یعنی ظاهر این است که روایات ناظر به حکم تملک بعد از بیع است و عدم وقوع تملک قبل از بیع احتیاج به بحث ندارد. ایشان ابتداء این مطلب را بیان می فرماید، ولی بعداً از این مطلب عدول کرده و تصویری بیان می کند که از آن استفاده می شود که بحث راجع به تملک قبل از بیع هم قابل بحث است.

ص: ۷۰۴

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۴۹.

مرحوم شیخ می فرماید: آن صورتی که قابل بحث نیست، این است که در همان زمانی که این شیء ملک طرف است، شخص تصرف کرده و نقل و انتقال واقع بشود، اما از نظر شرعی اشکالی ندارد که شخص قبل از اینکه مالک بشود، موظف به فراهم کردن مقدمات ملکیت مانند خریدن آن شیء و تحویل به مشتری باشد. بنابراین، از نظر شرعی ممکن است ملکیت الان باشد، اما مملوک متأخر باشد یا ملکیت هم متأخر باشد، ولی لازم باشد که مقدمات ملکیت فراهم بشود. چنین چیزی هیچ محذور

شرعی و عقلی ندارد، منتهی باید ببینیم که شرع چنین چیزی را امضاء کرده است یا نه. خلاصه اینکه فرمایش اول شیخ تقریبی برای ابطال مورد بحث بود، ولی ایشان با نظر دقّی از فرمایش اولشان رفع ید کرده است.

فرمایش مرحوم شیخ: روایات در مقام نفی مقصود است

یک بحث دیگری هم در کلمات شیخ مطرح شده است که بعضی ها گفته اند که این روایات صرفاً برای نفی مقصود است و مقصود هم عبارت از این است که به نفس همین خریدی که انجام می شود، بدون اجازه نقل و انتقال حاصل بشود. روایات در مقام نفی این مورد است و قهراً نفیاً و اثباتاً ناظر به مصحح بودن اجازه نسبت به عقد فضولی نیست.

اشکال بر فرمایش مرحوم شیخ

البته در اینجا إن قلتی وارد شده است که چرا ناظر به مورد اجازه نباشد، در حالی که مورد یکی از روایات جایی است که شخص عین را تحویل هم داده است، ولی مع ذلک شارع می گوید که این بیع تو کلابیع و کالعدم است. در مورد این روایت شخص با تحویل عین عملاً ـ اجازه داده است، زیرا اعطاء عین خودش یک اجازه ی عملی به حساب می آید. بنابراین اینطور نیست که این روایات ناظر به صورت اجازه نباشد و از مفهوم این روایت استفاده می شود که راجع به خصوص صورت اجازه است.

ص: ۷۰۵

دلالت صحیحه ی معاویه بن عمار بر صورت اجازه

روایت صحیحه ی معاویه بن عمار عبارت از این است: «قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام یجیئنی الرجل فیطلب بیع الحریر و لیس عندی شی ء فیقاولنی علیه و أقاوله فی الربح و الأجل حتی نجتمع علی شی ء». متأسفانه در این چاپ کافی با حواشی اشتباهاً تعبیر به « نجتمع علیَّ شیء» شده است ، در حالی که عبارت درست همان «نجتمع علی شیء» است، یعنی بر یک مطلبی توافق می کنیم. «ثم أذهب لأشتری الحریر فأدعوه إلیه المتاع فقال أ رأیت إن وجد هو مبیعا أحب إلیه مما عندک.» . کأنّ فرض مسئله عبارت از این است که شخص می رود و آن شیء را می خرد و به مشتری می گوید: بیا این چیزی را که به تو فروختم، تحویل بگیر. کأنّ مورد روایت مربوط به بعد از خرید است، منتهی تعبیر روایت این است که اگر این معامله به نحو ضرورت باشد، درست نیست، ولی اگر شخص در قبول یا رد آزاد باشد و بتواند چیزی دیگری را بخرد، ولی با اختیارش این شیء را بگیرد، عقد صحیح است. بنابراین طبق این روایت حتی موردی هم که عین تسلیم شده است، فقط با یک شرایطی تصحیح شده است و در غیر این صورت مورد نهی قرار گرفته است و عقد صحیح نمی باشد. بنابراین اینطور نیست که روایات ناظر به صورت اجازه نباشد و این روایت اصلاً راجع به خصوص اجازه می باشد.

جواب شیخ به اشکال

ص: ۷۰۶

مرحوم شیخ می فرمایند: این اشکالی که ممکن است به ذهن برخی خطور کند، درست نیست، زیرا این اجازه از سر رضایت نیست، بلکه به تخیل این است که شخص موظف به تهیه ی آن شیء و تحویل به مشتری است. به عبارت دیگر این شخص خیال می کرده است که ملزم به تهیه و تحویل این شیء به مشتری است و بالطبع رضایتی به این کار ندارد و لذا شرع چنین اجازه ای را امضاء نکرده و کلااجازه دانسته است، زیرا آن طیب نفسی که در اجازات معتبر است، در اینجا وجود ندارد. وقتی شخص اجازه می دهد، باید آزاد و مستقل باشد، ولی در مورد روایت چنین استقلالی وجود ندارد و لذا اجازه ی این شخص بی فایده است. بنابراین ممکن است بگوییم این روایات ناظر به غیر صورت اجازه بوده و می خواهد بگوید که هدف طرفین در این عقد عبارت از این بوده است که بدون نیاز به مقدمات دیگر، نقل و انتقال به صرف خریدن شیء حاصل شود، ولی روایات این صورت را منع کرده است، اما نسبت به صورت اجازه نفیاً و اثباتاً ساکت است. (۱)

پرسش: ... پاسخ: طبق فرمایش ایشان مورد روایت راجع به این است که کأنّ اگر شخص با تحویل شیء اجازه هم داده باشد، باز هم دو صورت دارد: در یک صورت مختار است که اشکالی در عقد نیست، ولی در صورت دیگر که استقلال ندارد، عقد محل اشکال است.

پرسش: یعنی روایت می گوید که اگر با اجازه باشد، اشکال ندارد؟

ص: ۷۰۷

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۵۰.

پاسخ: نه، در همین فرضی که عین تسلیم شده و عملاً شخص اجازه داده است، دو صورت وجود دارد که یک صورتش باطل و صورت دیگر صحیح است.

ایشان می فرماید که اگر شخص می توانست قبول نکند، اشکالی در این عقد نیست، زیرا شخص نسبت به آن استقلال داشته است، اما اگر نمی توانسته قبول نکند و ملزم به پذیرش آن بوده است، عقد باطل است.

پس معلوم می شود که خود قرارداد موجب بطلان عقد نیست، بلکه قراردادی که خودش را ملزم بداند، موجب بطلان است، یعنی اگر ایجاب عقدی شده باشد، باطل است، ولی اگر ایجاب عقدی نشده باشد، صحیح است.

بنابراین، اگر ایجاب عقدی شده باشد، حتی بعدالاجازه هم فایده ندارد و این اجازه کلااجازه خواهد بود.

اشکال:

در این روایت حضرت سؤال می کند که آیا این شخص می توانست این شیء مورد توافق را قبول نکند و مثلاً یک حریر بهتری را دیده و خریداری کند؟ راوی در جواب می گوید: بله. حضرت می فرماید که در این صورت اشکالی ندارد و عقد صحیح است. مفهوم این روایت عبارت از این است که اگر مشتری آزاد نبوده و ملزم باشد که زیر حرفش نزند، عقد باطل است و اگر چنین مطلبی باشد، چطور این روایت ناظر به ابطال معامله نیست؟!

کلام اول شیخ این بود که این روایت مورد بحث را ابطال نمی کند، ولی طبق این إن قلت، از روایت اینطور استفاده می شود که مورد بحث ممنوع است. در بحث فضولی هم مختار شیخ عبارت از این بود که طرف اصیل حق به هم زدن معامله را ندارد. در مورد فرض هم فضولی واقع شده است و طرف حق ندارد که آن را به هم بزند و از مفهوم روایت هم اینطور استفاده می شود که اگر عقد به گونه ای باشد که مشتری نتواند آن را به هم بزند، یک چنین معامله ای باطل است. پس بنابراین اینکه شیخ می فرماید این روایت معامله ی مورد بحث ما را ابطال نمی کند، درست نیست، بلکه این روایت مورد بحث ما را ابطال می کند.

ص: ۷۰۸

جواب مرحوم شیخ به اشکال

شیخ به این اشکال اینطور جواب می دهد که این روایت ناظر به صورت مورد بحث ما نیست تا آن را ابطال بکند. ایشان می فرمایند آنچه که ما -ولو با قرینه- می فهمیم عبارت از این است که اگر لزوم طرفینی بود، معامله کالعدم خواهد بود و لذا لزوم یک طرف برای ابطال کفایت نمی کند. بنابراین اگر طرفین قراری بستند که هیچکدام نتوانند آن را به هم بزنند، در این صورت طبق نظر شارع این معامله کالعدم و منفی است. در اینجا هم ولو تعبیر شده است که آیا مشتری چنین حقی دارد، یا بایع یک چنین حقی دارد یا نه؟ و تک تک هر کدام را کافی دانسته است، ولی ملاکی که از روایات دیگر استفاده می شود، عبارت از این است که در صورت الزام طرفینی عقد باطل است، ولی مورد بحث ما الزام طرفینی نیست تا بگوییم از روایات ناهیه بطلان آن استفاده می شود. البته از طرف اصیل این الزام وجود دارد و در فضولی هم همیشه طرف اصیل ملزم است و نمی تواند زیر قرارش بزند. این فرمایشی است که شیخ بیان می فرمایند.

تفصیل بین علت ثبوتی و اثباتی

در اینجا باید به این نکته اشاره کنیم که یک علت ثبوتی داریم و یک علت اثباتی. در علت ثبوتی باید علت و معلول از نظر وجود خارجی مساوی باشند و نمی توانند اضیق یا اوسع از یکدیگر باشند، اما در علت اثباتی اینطور نیست و در مقام اثبات و دلیل آوردن برای یک مطلب، ممکن است دلیل مساوی با مدلول باشد و ممکن هم هست که اخص باشد وقهراً به وسیله ی یک امر اخص، مدلول اعم اثبات می شود، ولی با یک دلیل اعم نمی توانیم امر اخص را اثبات بکنیم.

ص: ۷۰۹

مرحوم شیخ می فرماید: عقد باطل عقدی است که در آن الزام طرفینی باشد و اگر الزام طرفینی نبود، این عقد صحیح است و اشکالی ندارد. در اینجا وقتی حضرت می فرماید که شخص اصیل می توانسته چیز دیگری را بخرد، به این معناست که الزام طرفینی در کار نیست و لذا عقد باطل نمی باشد. آنچه که محذور است، الزام طرفینی است که موجب بطلان عقد است، منتهی امکان خریدن این شخص اخص از نبودن ملاک ثبوتی است، زیرا ملاک ثبوتی الزام طرفینی است که با اختیار و استقلال در نخریدن این شیء، این ملاک منتفی است. ملاک ثبوتی بطلان عبارت از این است که الزام طرفینی نباشد و نبود الزام طرفینی گاهی با نبود الزام در هیچ یک از طرفین می باشد و گاهی ممکن است یک طرف این الزام را نداشته باشد و گاهی هم بالعکس است.

پس در نتیجه الزام طرفینی -که محذور عقد است- در کار نیست و اشکالی ندارد که برای منتفی بودن این ملاک به یک امر اخصی استدلال بشود. در مورد بحث فضولی هم الزام طرفینی نیست، بلکه الزام فقط از جانب طرف اصیل است و هیچ مانعی برای تصحیح عقد با اجازه وجود ندارد. بنابراین اینکه گفته می شود: علت حتماً باید مساوی با معلول باشد، مربوط به علل ثبوتی است نه مسئله ی اثبات و استدلال. خلاصه اینکه شارع این صورت را امضاء نمی کند، ولی ممکن است که مورد اجازه را امضاء کند.

بعد هم ایشان در آخر اینطور تعبیر می کند که اگر این روایات صحت را نفی می کند، به این معنی نیست که معامله را لغو و کالعدم فرض کند. خلاصه این روایات در مقام نفی مقصود از معامله است، نه اینکه معامله را معدوم صرف و لغو فرض کرده باشد به صورتی که کأنّ «لم یصدر منه شیء». روایت کاری به این ندارد که صدر منه شیءٌ یا نه، بلکه در مقام نفی مقصود و هدف شخص از معامله است، نه اینکه این معامله را کالعدم و لغو فرض بکند.

ص: ۷۱۰

بعد هم در ادامه تعبیر به «فأفهم» شده است که ممکن است این فأفهم اشاره به این باشد که ممکن است کسی ادعای حد وسط کرده و بگوید: گاهی برخی امور هیچ ارتباطی به هدف معامله ندارند مانند نذر به سخن نگفتن یا دستور دکتر به حرف نزدن، که روایت ناظر به نفی و اثبات این موارد نیست، ولی اگر هدف معاملی چند چیز باشد، در صورتی که شارع نفی بکند، می شود ادعا کرد که هیچکدام از این اهداف واقع نمی شود، نه اینکه برخی از آنها واقع می شود و برخی واقع نمی شود.

بعد هم ایشان با «اللهم الا أن یقال» می گوید: اگر ما فرض کنیم که نه خود معامله و نه اجزاء مقصود معامله هیچکدام واقع نمی شود، ولی می توانیم این مطلب را بگوییم که نواهی هدف اساسی شیء را نفی کرده و می گوید که هدف اساسی شیء واقع نمی شود ولو اینکه با قید باشد. به عبارت دیگر هر چند طرفین این خصوصیت را در نظر نگرفته باشند، ولی با نفی هدف اساسی از معامله، این هدف حتی با یک قید و خصوصیات واقع نمی شود، البته خصوصیاتی که سهل التناول و خیلی ساده باشند. طبق نظر شارع حتی با وجود این قید و خصوصیت هم هدف اساسی واقع نمی شود. مثلاً در بیع صرف و سلم، در مقصود طرفین قبض دخالتی ندارد، ولی اگر شارع بگوید که مقصود شما حاصل نیست، معنایش عبارت از این است که حتی اگر این بیع با قبض هم باشد، باز هم فایده ندارد و آن مقصد و هدف اساسی حاصل نمی گردد. در ما نحن فیه هم اجازه مانند قبض است و با نفی شارع حکم به بطلان معامله می شود.

بعباره اخری، وقتی یک شخصی قالی موجود در قالی فروشی را به زید فروخته است، می رود تا قالی را بخرد و به زید تحویل بدهد، در این صورت وقتی شارع بگوید که با خریدن تو این قالی به ملك زید منتقل نمی شود، به این معنی است که حتی با اجازه و موافقت تو هم واقع نمی شود، زیرا اگر با اجازه درست بود، شارع می توانست به این موضوع سهل التناول اشاره بکند. بنابراین عدم اشاره ی شارع به صحت این معامله در صورت اجازه، دلالت بر این دارد که این معامله حتی با اجازه هم صحیح نیست و باطل است. مثلاً اگر کسی از شما استفتاء بکند که من چنین قراری گذاشتم و قصدم این بود که از این کار پولی نصیب من بشود، شما می توانید بگویید که با نفس خریدن قالی، انتقالی حاصل نمی شود، ولی با گفتن اجزت، نقل و انتقال محقق می گردد، اما وقتی حضرت می فرماید: این کار بی فایده است و باید آن را کنار بگذاری، و هیچ اشاره ای هم به مفید بودن اجازه نمی نماید، از این فرمایش حضرت استفاده می شود که این معامله حتی در صورت اجازه هم باطل است و با «اجزت» هم مشکل حل نمی شود. البته در برخی موارد قید و خصوصیت سهل التناول نیست و دارای زحمت و مؤونه ی زائده است که در این موارد نمی توانیم چنین استظهاری بکنیم، ولی در صورت مورد بحث که اجازه دادن یک امر ساده و سهل التناول است، از عدم اشاره ی حضرت به این مطلب، بطلان معامله حتی در صورت اجازه استظهار می گردد. و لذا شیخ حکم می فرماید که از این روایت بطلان استفاده می شود.

ص: ۷۱۲

اشکالات وارده بر مختار مرحوم شیخ (بطلان) ۹۴/۰۱/۱۹

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: اشکالات وارده بر مختار مرحوم شیخ (بطلان)

عناوین: دلالت روایات بر بطلان – اشکال و جواب مرحوم شیخ – نقد فرمایش مرحوم شیخ – اقسام تقیه (عدم توضیح – دروغ گفتن) – فرمایش مرحوم مجلسی راجع به دلالت روایات ناهیه – نقد فرمایش مرحوم مجلسی

مختار مرحوم شیخ در مسئله (بطلان معامله)

مرحوم شیخ بالأخره این مطلب را اختیار کرد که از نواهی موجود در روایاتی که بیان شد، استفاده می شود که شرع موافق این نیست که شخص ملک دیگری را بفروشد و بعداً بخواهد مالک آن شیء شود و با اجازه یا بی اجازه، این شیء به مشتری منتقل شود.

اشکال مرحوم شیخ به مختار خود

مرحوم شیخ بعد اللتا و التی این قول را اختیار نموده است، ولی در ادامه می فرمایند این اشکال در اینجا وجود دارد که موضوع اکثر روایات، بیع کلی است که اگر به عنوان بیع باشد، باطل است، ولی اگر جنبه ی بیعی نداشته باشد و فقط جنبه ی مقابله داشته باشد، اشکالی ندارد.

نظر امامیه و اهل سنت در بیع کلی سلف و حالّ

مشهور بین امامیه طبق ادله، صحت بیع کلی است. در بیع کلی بین ما و سنی ها از یک جهت اتفاق نظر و از یک جهت اختلاف وجود دارد. اگر کسی مالی را سلفاً بفروشد و بعد آن را تهیه کرده و به مشتری بدهد، هم سنی ها و هم امامیه این بیع را صحیح می دانند، ولی در صورتی که بیع به صورت حالّ باشد، هر چند که بیع کلی باشد، اما سنی ها قائل به بطلان بیع هستند، ولی مشهور بین امامیه – که روایت هم دارد – عبارت از این است که اگر تهیه ی فوری این عین مقدور شخص باشد، این بیع کلیِ حالّ اشکالی ندارد.

ص: ۷۱۳

توجیهات مختلف در روایات مسئله

در اکثر روایات مسئله هم موضوع عبارت از بیع کلی است ولو به نحو حالّ و از این بیع کلی نهی شده است که مطابق مذهب امامیه این بیع حرام نیست و قهراً باید در مورد این روایات یک توجیهی بیان شود.

راجع به این روایات یا باید بگوییم که این روایات دلالت بر کراهت چنین بیعی دارد و یا اینکه تصرف در جهت روایات کرده

و بگوییم که صدور این روایات با توجه به اینکه سنی ها قائل به بطلان چنین بیعی هستند، از باب تقیه می باشد. بنابراین، با توجه به اینکه بیشتر روایات راجع به بیع کلی است، صلاحیت استدلال برای مختار را ندارد. آن دو یا یک روایتی هم که راجع به بیع شخصی است، (روایت خالد بن حجاج) با توجه به اینکه سیاقش با اکثر روایتهای دیگر یکی است، حکم می کنیم که این هم مورد اشکال قرار بگیرد، یا اینکه حمل به کراهت کنیم و یا اینکه بگوییم مقام، مقام تقیه بوده و با تعبیرهای مختلف به این مطلب اشاره شده است (۱)

جواب مرحوم شیخ به اشکال بیان شده

بعد هم خود ایشان اینطور جواب می دهند که انصاف عبارت از این است که ما به این روایات اخذ کرده و حکم به بطلان نماییم و این اشکال قابل اعتناء نیست. در آن دو روایتی که راجع به بیع شخصی است، اصلاً حکم به بطلان شده است که مورد بحث ماست و ممکن است در یک عبارت، دو جمله ی متفاوت وجود داشته باشد که هر چند در پشت سر هم قرار دارند و طبق سیاق باید یک نواخت باشند، ولی این دو جمله به دو مطلب جداگانه اشاره می کنند و مثلاً امری راجع به یک موضوعی صادر شده است و ما به وسیله ی دلیل می فهمیم که این امر وجوبی نیست، بعد هم در ادامه برای یک موضوع دیگری، امری صادر شده است که موضوعش متفاوت از جمله ی قبلی است. در هر دو جمله امر با صیغه ی «افعل» واقع شده است، ولی راجع به دو موضوع مختلف که هیچ اتصالی به هم ندارند که در این صورت انسان به یکی از این دو امر اخذ کرده و با توجه به دلیل خارجی از امر دیگر رفع ید می نماید. در چنین عبارتی سیاق هیچ نقشی ندارد.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۵۳.

این قسمت فرمایش مرحوم شیخ روشن است، ولی ایشان راجع به روایاتی که مربوط به بیع کلی است می فرمایند: اگر ما در مورد سؤال مجبور شدیم که آن را حمل بر تقیه کنیم، سبب نمی شود که راجع به اصل مسئله هم به طور کلی بگوییم که از باب تقیه است و آنها را کنار بگذاریم. مثلاً اگر با توجه به اینکه حاکم، سلطان (غیرعادل) است و حکم حاکم مقتدر هم شرعاً لازم است، شارع از باب تقیه فرمود که حکم حاکم نافذ است، در اینجا در عین حالی که در قضاء عدالت معتبر است، این مورد استثناء شده است، ولی ما بر اساس این مورد نمی توانیم بگوییم که اصل حکم هم از باب تقیه بیان شده است.

خلاصه اینکه مرحوم شیخ می فرمایند: ما اخذ به این روایت کرده و می گوییم که بیعِ مِن مالِ الغیر، حرام است، منتهی این حکم را استثناء زده و می گوییم: اگر بیع کلی شد، اشکالی ندارد، زیرا ادله ی دیگر بر صحت این بیع دلالت دارد و یا اینکه می گوییم: این روایات از باب تقیه وارد شده است، ولی نسبت به بیع شخصی -که مورد بحث ماست- اخذ به روایات می کنیم به این معنی که هر چند روایات بیع کلی را حمل به تقیه می کنیم، ولی مصادیق دیگرش از باب تقیه نیست. (۱)

نقد فرمایش مرحوم شیخ

این فرمایش مرحوم شیخ بود، ولی در اینجا این سؤال پیش می آید که یک مطلبی در جای دیگر گفته شده است که مطلب صحیحی هم هست و آن عبارت از این است که در یک روایتی وارد شده است که خلیفه از حضرت سؤال کرد: من روزه ام را افطار کنم یا نکنم؟ حضرت فرمودند: «ذاک إلی الإمام إن صام صمنا و إن أفطر أفطرنا» . این جمله یک امر واقعی است که چنین مطلبی را باید پیشوای واقعی بیان کند و حکم او نافذ است، منتهی حضرت توریه کرده و بیان نمی کند که تو مصداق امام نیستی. در اینجا می گویند که ما برای نافذ بودن حکم فقیه، به همین فرمایش حضرت می توانیم تمسک کنیم و اینکه حضرت تقیه نموده و به مصداق نبودن طرف مقابل اشاره نکرده است، مانع از اخذ به این روایت نیست.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۵۳.

اقسام تقیه (عدم توضیح – دروغ گفتن)

تقیه گاهی به صورت توضیح ندادن یک مطلبی است که طبق طبع اولی باید توضیح داده می شد و اگر یک عامل خارجی مثل تقیه نبود، قهراً انسان باید این مطلب را توضیح می داد و گاهی هم تقیه به صورت دروغ است که انسان یک امر غیر واقعی را بیان می کند. در صورتی که دوران امر بین تقیه در دروغ گفتن و تقیه در توضیح ندادن یک واقعیت باشد، در اینجا دومی مقدم بر اولی است و قهراً اینطور نتیجه گرفته می شود که ما باید به عبارت «ذاک الی الامام» اخذ کنیم، زیرا اگر بگوییم که اصل این کلام برای تقیه بوده است، معنایش این است که یک دروغی لتقیهٍ گفته است، اما در صورتی که بگوییم یک امر واقعی را نقل کرده، منتهی به جهت تقیه آن را تشریح نکرده است، این خیلی ساده تر از اولی است و بنای عقلاء در دوران بین این دو (کذب و توریه در عدم تشریح) عبارت از این است که حمل به دروغ نمی کنند، بلکه می گویند که متکلم محذور داشته است و توضیح نداده است.

طبق روایات، خیلی مواقع ائمه هم مجبور می شدند که اینطور توریه کنند که بر کذب تقیه ای مقدم است، ولی اگر در یک موضوعی مثل مورد بحث ما، به خاطر سنی ها حکم به بطلان چیزی کنیم که شرعاً صحیح است، تقیه کذبی است و ما نمی توانیم این تعبیر کلی را منحل کنیم و کأن به منزله ی چند چیز بدانیم که نسبت به یکی تقیه کذبی باشد و نسبت به بقیه تقیه کذبی نباشد، بنای عقلاء بر این مطلب نیست مثلاً اگر به صورت کثیر گفته شود که «النار بارده»، به این معنی نیست که به تعداد کثرت، دروغ بیان شده باشد، بلکه ما یک نار بیشتر نداریم و به زیادی دروغ، چند دروغ گفته نمی شود و نمی توانیم بگوییم که «الضروره تقدر بقدرها» و فقط به یک دانه دروغ اخذ کنیم و چه به صورت کبرای کلی حمل به تقیه کنیم و چه در خصوص مورد حمل به تقیه کنیم، هر دو متحدالحکم می باشند و هر دو به یک نحو خلاف اصل است و هیچ کدام بر دیگری ترجیح ندارد. اما مرحوم شیخ در اینجا فرموده است که در خصوص این مورد از باب تقیه است، ولی در موارد دیگر ما به آنچه مطابق بیان حکم واقعی است اخذ می کنیم! به نظر می رسد که این شبهه در اینجا وجود داشته باشد.

ص: ۷۱۶

در اینجـا می شود به یک مطلبی اشاره کرد که شایـد نظر مرحوم شـیخ هم همین باشـد و آن عبارت از این است که یک مرتبه تقیه در بیـان است به این معنی که متکلم مرتکب کـذب شـده است، منتهی یـا در یک مورد است یا اصل کلی است که مورد هم یکی از مصادیق آن است و در اینجا هیچ کدام اولویتی نسبت به دیگری ندارد و تفاوتی ندارد که کبری خلاف واقع باشد یا صغری و هر دو مثل هم هستند و هیچ فرقی ندارند.

پس بنـابراین گـاهی کـذب در بیـان است، ولی گـاهی اینطور نیست و اصـلاً کـذب نیست، بلکه حقیقةً در این مورد حکم این چنین است، منتهی نه حکم اولی، بلکه حکم ضـرورتی است که به عنوان تقیه و حفظ جان شـخص وظیفه شـرعی او عبارت از این است که به این حکم ضروری اخذ کند. البته چنین چیزی ابتداءً خلاف ظاهر و خلاف اصل است، ولی در شرایط ضرورت حکم این چنین خواهد بود. در چنین مواردی که حکم شـرعی ضـروری شـخص این چنین است که مثلاً وضوی خود را مطابق سنی هـا بگیرد، این وظیفه به صورت کبرای کلی به شـخص القـاء نمی شود که یـک وظیفه ی عامی برای او مقـدر شود، بلکه فقط در یک مورد خاص ضـرورت اقتضاء می کند که وظیفه ی شـخص این چنین باشد و « الضـروره تقدر بقدرها» و قهراً باید به همان مقدار ضروری اخذ شود و در غیر مورد ضرورت اگر به صورت کلی بیان شود اخذ می شود.

ص: ۷۱۷

در مـورد بحث هـم شایـد نظر مرحـوم شـیخ عبـارت از همین باشـد که ممکن است مـورد روایت تقیه اضـطراری باشـد، یعنی ضرورت مورد چنین چیزی را اقتضاء کرده است، نه اینکه از باب تقیه ی کـذبی که دروغ گفته شـده باشـد تا ما بگوییم که در این دروغ فرقی بین کم و زیـاد وجود نـدارد و تمام موارد عبارت از یک دورغ است. مثلاً مورد سؤال محل ابتلاء شـخص بوده است و حضـرت هم برای اینکه او به دردسر نیافتد، چنین بیانی راجع به خصوص او بیان کرده است، ولی با لفظ شخصی نگفته است که وظیفه ی تو چنین است، بلکه به صورت کلی بیان فرموده است و همین کلی گفتن علامت این است که ضـرورتی در کار نیست و این کار ذاتاً جایز است. شاید بشود کلام مرحوم شیخ را چنین توجیهی کرد.

فرمایش مرحوم مجلسی راجع به دلالت روایات ناهیه

مرحـوم مجلسـی در مرآه العقـول یـک معنـایی را ذکر کرده و به همـان هم اکتفـاء نموده و آن معنی این است که روایت یک صورت را مورد نهی قرار داده و یـک صورت را امضـاء کرده است و اینهـا راجع به مسئله ربـح است. ایشـان می گویـد: وقتی شخصـی می گویـد که تو این شـیء را بخر و من فلاـن مقـدار به تو می دهم، دو صورت قابـل تصویر است که یـک صورتش ممنوع و یـک صورتش مجـاز است. یـک صورت عبـارت از این است که شـخص طرف مقابل را وکیل در خریـد کرده و می گویـد: این شـیء را برای من بخر و قهراً وظیفه طرف مقابل بعـد از قبول وکالت عبارت از این است که آن شـیئ را خریـداری کرده و موکل هم حتماً باید قبول کند و اختیار ندارد که قبول یا رد نماید. حضرت هم راجع به این صورت می فرمایند که اگر به نحو توکیل باشـد، این ربحی که شـخص می گیرد، باطل است. موکل هم اختیار در پذیرفتن آن را ندارد که «إن شاء اخذ و إن شاء ترک»، بلکه ملزم به قبول آن است. اما در صورتی که به نحو توکیل نباشـد، بلکه شـخص به طرف مقابل چیزی بگوید و او هم وعده انجام این را به او بدهد، در این صورت این شخص مختار است که این شیء را بخرد یا نخرد، «إن شاء فعل و إن لم یشأ» و آن طرف هم مختار است که بپـذیرد یا نپذیرد، «إن شاء اخذ و إن شاء لم یأخذ». پس هر دو طرف آزاد در انجام این کار هستند. بنابراین طبق فرمایش ایشان ارتباطی به مسئله ی «بیع ما لیس عنده» ندارد تا این بحث ها پیش بیاید، بلکه مربوط به ربح می باشد (۱)

۱- مرآه العقول فی شرح أخبار آل الرسول، ج ۱۹، ص ۲۲۱.

نقد فرمایش مرحوم مجلسی

اشکالی که به فرمایش ایشان مطرح است، عبارت از این است که چرا .... گرفتن ربح در صورت وکالت باطل است؟

اگر شخصی زحمت انجام کاری را بر اساس وکالت بکشد، دلیل ندارد که پرداخت حق الوکاله به او محل اشکال باشد. آیا این روایت در مقام بحث لغوی است که چرا شما اسم حق الوکاله را ربح گذاشتید؟! حضرت در مقام یک بحث لغوی نیست و اینطور نیست که در مقام این باشد که نوع بکار بردن لغت را به ما آموزش بدهد. و این توجیه مرحوم مجلسی برای ما قابل فهم نیست.

لو باع لنفسه ثمّ اشتراه و أجاز (روایات) ۹۴/۰۱/۲۲

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: لو باع لنفسه ثمّ اشتراه و أجاز (روایات)

عناوین: اشکال مرحوم شیخ به استدلال به روایات برای بطلان - جواب آقای خوئی - نقد فرمایش آقای خوئی - تبیین فرمایش سابق مرحوم شیخ راجع به سیاق - اشکالات وارده بر تمسک به روایات و جواب آنها (روایت منصوربن حازم - محمد بن مسلم – معاویه بن عمار - خالد بن حجاج - یحیی بن حجاج)

اشکال مرحوم شیخ به استدلال به روایات برای بطلان

بحث در این مسئله بود که انسان ملکِ شخصیِ غیر را بفروشد و بعد آن را خریده و نسبت به عمل سابق خودش اجازه بدهد. مرحوم شیخ از روایات، بطلان را استفاده کرده بود، ولی در ادامه نسبت به استدلال به روایات برای بطلان، اشکالی را بیان کرده بود. اشکال این بود که مورد روایات بیع کلی است، در حالی که طبق نظر امامیه بیع کلی اشکالی ندارد و انسان می تواند چیزی را که ندارد، بفروشد و بعد هم آن شیء را خریداری کرده و به مشتری تحویل بدهد. چنین بیعی را چه به صورت حالّی و چه به صورت غیر حالّی، همه جایز می دانند، بر خلاف سنی ها که چنین بیعی را جایز نمی دانند. بنابراین، چون این روایات مطابق مذهب امامیه نیست، یا باید آنها را حمل بر کراهت کنیم و یا اینکه حمل بر تقیه نماییم و قهراً دیگر نمی شود برای مورد بحث به آنها استدلال نمود. بعد هم مرحوم شیخ به این اشکال جوابی می دهد که به نظر می رسد جواب ایشان خیلی روشن و درست نباشد (۱)

ص: ۷۱۹

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۵۳.

جواب آقای خوئی

آقای خوئی می فرمایند که روایات نافیه سه دسته می باشند: برخی از آنها به صورت مطلق اعم از بیع شخصی و بیع کلی وارد شده است، برخی هم در خصوص بیع شخصی و برخی دیگر هم در خصوص بیع کلی وارد شده است. استدلال به آن دسته روایاتی که راجع به خصوص بیع شخصی وارد شده است، تمام است، زیرا مورد بحث ما راجع به بیع چیزهای شخصی است. روایاتی هم که به صورت مطلق وارد شده است که هم شامل بیع کلی و هم شامل بیع شخصی است، مانند «لا تبع ما لیس عندك (۱) »، اطلاقش را حمل بر صورت بیع شخصی می نماییم، زیرا اگر اطلاق مشکل پیدا کرد، نباید ما نسبت به اصل آن رفع ید کرده یا مانند مشهور حمل بر کراهت نماییم، بلکه باید به آن اخذ نماییم، منتهی به صورت مقید. بعضی از روایات هم مانند روایت بیع الحریر (۲) و امثال آن، ظهورش در بیع کلی است که ما در آنها تصرف کرده و می گوییم: یا حمل بر کراهت باید بشوند و یا از باب تقیه صادره شده اند. پس بنابراین وجهی ندارد که ما در سایر روایات تصرف کنیم.

البته ایشان در ضمن بیان روایاتی که مخصوص به مبیع شخصی است، به دو روایت صحیح هم اشاره نموده و می فرمایند که بعید نیست این دو روایت صحیح هم همین طور باشند. این دو روایت عبارت اند از صحیحه ی منصوربن حازم (۳) و صحیحه ی محمد بن مسلم (۴) که راجع به شخصی است که خواهش یا امر می کند که طرف مقابل یک متاعی را بخرد و بعداً به او بفروشد. ایشان می گوید: وقتی شخص درخواست می کند که طرف مقابل یک متاعی را برای او بخرد، به این معنی نیست که یک فرد علی البدل از مصادیق متاع در عالم را برای او خریداری کند، بلکه متاع در این روایت اشاره به یک مبیع معینی است. بنابراین، ایشان این دو روایت را هم جزء روایت هایی مانند روایت خالد بن حجاج و یحیی بن حجاج -که راجع به مبیع معین و شخصی است- دانسته است که قهراً دلیل برای مورد بحث ما خواهد بود. (۵)

ص: ۷۲۰

۱- من لا یحضره الفقیه، شیخ صدوق، ج ۴، ص ۸.

۲- تهذیب الأحکام، شیخ طوسی، ج ۷، ص ۵۰.

۳- تهذیب الأحکام، شیخ طوسی، ج ۷، ص ۵۰.

۴- تهذیب الأحکام، شیخ طوسی، ج ۷، ص ۵۱.

۵- مصباح الفقاهه، سید ابوالقاسم خویی، ج ۴، ص ۲۷۹.

اشکال اول به فرمایش آقای خوئی

در فرمایش آقای خوئی چند مناقشه وجود دارد که به آنها اشاره می کنیم. عرض اول ما راجع به این عبارت ایشان است که فرمود: به روایاتی که راجع به بیع شخصی است، اخذ می کنیم و همین برای اثبات مطلب ما کافی است. عرض ما عبارت از این است که ما احتمال نمی دهیم که بین روایاتی که مثلاً راجع به بیع حریر است و سایر روایات تفاوتی وجود داشته باشد، زیرا ما می دانیم که همه ای موارد حکم واحد را دارد. البته طبق نظر ایشان روایت بیع الحریر راجع به بیع کلی است و لذا باید تصرف کرده و حمل بر کراهت یا تقیه بنماییم.

بنابراین، نمی توان به هر کدام از این روایات در جای خودش اخذ کرد و همه ی اینها را باید از باب واحد حساب کرد و در دوران امر بین حمل بر کراهت و حمل بر تقیه، بنای آقایان بر این است که تصرف در جهت متأخر از تصرف دلالی است و لذا در جمع بین ادله باید حمل بر کراهت نماییم و قهراً در این صورت مطلوب ما که عبارت از بطلان است، از این روایات استفاده نخواهد شد.

تبیین فرمایش سابق مرحوم شیخ راجع به سیاق

قبلاً عرض کردیم که مرحوم شیخ با توجه به سیاق اشکالی وارد کرده بود و ما هم عرض کردیم که سیاق در جایی است که صدر و ذیل مرتبط با یکدیگر باشند، ولی در صورتی که در یک عبارت دو جمله وجود داشته باشد و هر کدام راجع به موضوعی باشد، سیاق معنی ندارد مثل اینکه یک جمله راجع به وجوب اکرام زید باشد و جمله ی دیگر هم راجع به وجوب اکرام عمرو باشد. اگر با دلیل خارجی اثبات شد که امر مربوط به زید وجوب ندارد، نمی توانیم نتیجه بگیریم که امر راجع به عمرو هم وجوب ندارد. بنابراین وجوبی نبودن امر مربوط به زید، قرینه بر این نیست که امر مربوط به عمرو هم وجوبی نباشد و در نتیجه ما از ظهور آن رفع ید بکنیم.

پس ما به ایشان اشکال کردیم که سیاق در اینجا معنایی ندارد، ولی از مطلبی که به آن اشاره کردیم، می توانیم اینطور استفاده کنیم که مراد مرحوم شیخ از سیاق مربوط به جمله ی لفظیه نیست که وقتی این را حمل بر کراهت کردیم چیزهای مشابه این را هم حمل بر کراهیت می کنیم که اشکال کنیم که ما به قرینه خارجی حمل بر کراهت کردیم و چرا آن یکی را حمل بر کراهت کنیم، بلکه شاید مقصود مرحوم شیخ این است که وقتی یک دسته از روایات را حمل بر کراهت می کنیم، باید سایر روایات را هم حمل بر کراهت کنیم. اگر کسی در جواب ایشان بگوید که ما کراهت را از دلیل خارج استفاده کرده ایم، ایشان در جواب می گوید که از نظر معنی هر دو حکم واحد را دارند و از جهت معنی بین حریر و غیر حریر تفاوتی نیست و چون ملاک هر دو واحد است، اگر در برخی از این روایت نتوانیم معنای تحریم را اتخاذ کنیم و حمل بر کراهت کنیم، به جهت اینکه همه حکم واحد دارند، باید در سایر موارد هم حمل بر کراهت کنیم. شاید مقصود مرحوم شیخ از سیاق، همین معنی باشد.

اشکال دوم به فرمایش آقای خوئی

عرض دیگر ما راجع به فرمایش آقای خوئی عبارت از این است که ایشان می فرمایند: روایت محمد بن مسلم و منصور بن حازم- که کلمه ی متاع در آنها به کار برده شده است- راجع به مبیع شخصی است، در حالی که این فرمایش ایشان تمام نیست، زیرا هر چند مراد از متاع در این دو روایت، متاع به حمل اولی نیست، بلکه متاع به حمل شایع است، اما متاع به حمل شایع هم گاهی مبیع شخصی است و گاهی کلی. مثلاً گاهی گفته می شود: آیا! این شیء معین و شخصی را برای من بخر، گاهی هم اینطور گفته می شود که مثلاً- یک قالی سه در چهار برای من بخر. در صورت دوم مبیع (قالی سه در چهار) کلی است. چنین چیزی هم در معاملات غیر متعارف نیست و به عبارت دیگر در همه ی معاملات کلی هم یک نحوه تعیّنی وجود دارد و همه ی مبیع ها در بیع کلی جزء مصادیق متاع به حمل شایع می باشد. مثل اینکه ایشان متاع را فقط به معنای مبیع شخصی گرفته اند، در حالی که متاع به حمل شایع هم شامل مبیع شخصی و هم شامل مبیع کلی است. بنابراین، این دو روایت را هم که لفظ متاع در آنها به کار برده شده است، باید جزء روایات بیع کلی به حساب بیاوریم.

اشکالات وارده بر تمسک به روایات و جواب آنها

روایت منصوربن حازم و محمد بن مسلم

راجع به روایت منصور بن حازم و محمد بن مسلم که متاع هم می تواند مبیع شخصی و هم مبیع کلی باشد، ممکن است به وسیله ی ثابته ی خارجی، ما بتوانیم متاع را حمل بر مبیع شخصی کنیم که در آن هم حرفی نیست.

لاتبع ما لیس عندک

روایت «لا تبع ما لیس عندک» را هم می توان حمل بر مبیع شخصی کرد و علاوه بر این ممکن هم هست که بگوییم این روایت ناظر به این معنی است که اگر قدرت بر چیزی نداری، آن را نفروش که طبق این معنی، روایت ناظر به بطلان بیع غیر مقدور خواهد بود. گاهی انسان نمی داند که تحویل این مبیع برای او مقدور نیست و بعد از فروش آن متوجه این مطلب می گردد. شاید این روایت ناظر به این معنی باشد که بیع غیر مقدور باطل است و مراد از «لا تبع ما لیس عندک» هم بیع غیرمقدور می باشد که قهراً طبق این معنی اصلاً دلالتی بر بحث ما نخواهد داشت. خلاصه اگر روایت «لاتبع ما لیس عندک» را به این معنی بدانیم که چیزی را که مالک نیستی نفروش، در این صورت می گوییم که مراد از این روایت مبیع شخصی است. طبق معنای دیگر هم می توانیم این روایت را ناظر به بطلان بیع غیر مقدور بدانیم. بنابراین طبق هر دو معنی مشکلی از جهت این روایت وجود نخواهد داشت.

ص: ۷۲۳

روایت خالد بن حجاج و یحیی بن حجاج

و اما دو روایت خالد بن حجاج و یحیی بن حجاج را هم بر مبیع شخصی حمل می کنیم.

روایت معاویه بن عمار

و اما راجع به روایت حریر -که آقای خوئی آن را بیع کلی حساب کرده است- هم می توان گفت که این روایت اعم از بیع شخصی و کلی است، زیرا گاهی مشتری به کسی مراجعه می کند و مثلاً از او حریر می خواهد. فروشنده حریر ندارد و به خریدار می گوید که برویم تا من این حریر را از رفیقم خریده و به تو بفروشم. مشتری هم حریرهای موجود در مغازه ی رفیق او را دیده و می گوید: این حریر را شما برای من بخر و پولش را بده تا من بعداً با شما حساب بکنم. در این صورت مبیع شخصی و معین است. گاهی هم بیع به صورت کلی فی المعین می باشد و مشتری می گوید: یکی از این حریرهایی که در مغازه هست را برای من بخر یا یکی از این قالی هایی که در مغازه هست را برای من بخر. در این صورت هم مبیع کلی فی المعین است که این هم مثل مبیع شخصی است و آنچه که صحت آن از نظر امامیه ثابت است، کلی محض است، ولی مبیع کلی فی المعین در حکم مبیع شخصی است. خلاصه اینکه مورد روایت حریر هم منحصر به کلی نیست تا مجبور به حمل روایت بر کراهت یا تقیه باشیم. بنابراین، اگر اینطور بین ادله جمع کنیم، مقتضای این ادله عبارت از بطلان خواهد بود.

ص: ۷۲۴

بررسی بیشتر روایت محمد بن مسلم و منصور بن حازم

یک بحث عمده ای که باید به آن توجه داشت، عبارت از این است که محمد بن مسلم و منصور بن حازم چه شکی داشته اند که از حضرت راجع به متاع سؤال کرده اند و حضرت در جواب فرموده اند: چون بیع بعدالاشتراء بوده و شخص ملک خودش را می فروشد، اشکالی ندارد. البته روایت خالد بن حجاج قابلیت هر دو وجه را دارد و لذا حضرت قائل به تفصیل شده و فرموده است که اگر به نحو مقاوله باشد، اشکالی ندارد، ولی در غیر این صورت محل اشکال است، اما در این دو روایت اصلاً فرض بیع فضولی نشده است و لذا باید ببینیم که این سؤال برای چه مطرح شده است.

در روایت وارد شده است: «سألته عن رجل أتاه رجل فقال له: ابتع لی متاعا لعلی أشتریه منک بنقد أو نسیئه فابتاعه الرجل من أجله. قال: لیس به بأس، انما یشتری منه بعد ما یملکه». این شخص متاع را خریده و مالک شده است و بعد هم این متاع را به شخص دیگری می فروشد. حضرت هم جواب داده است که این معامله اشکالی ندارد. بحث در این است که مگر صحت این مطلب روشن نبوده که چنین سؤالی از حضرت پرسیده شده است؟! اگر شخص قبل از اینکه متاع را بخرد، فروخته بود، این شبهه بود که آیا عقد او صحیح است یا نه، ولی در اینجا فروش این متاع بعد از خرید و مالک شدن است و لذا باید ببنیم که چرا این سؤال مطرح شده؛ البته در صحیحه ی منصور بن حازم یک قدری سقط واقع شده است که از جواب معلوم می شود. در روایت وارد شده است: «فی رجل أمر رجلا لیشتری له متاعا فیشتریه منه»، آن شخص می رود و متاع را می خرد و بعداً هم به آن مشتری می فروشد. حضرت هم می فرماید: «قال لا بأس بذلک انما البیع بعد ما یشتریه». حضرت در اینجا در مقام بیان توضیح واضحات که نبوده است، بلکه در صدد رفع مشکل سؤال کننده بوده است و لذا باید ببینیم که چه مشکل و شبهه ای بوده است که حضرت جواب آن را بیان فرموده است.

من خیال می کنم که این روایت ناظر به این است که شخصی به شخص دیگری می گوید: برو و این متاع را بخر و به من بفروش. این شخص هیچ انگیزه ای برای خرید این متاع نداشته است و بخاطر این مشتری و لأجله اقدام به خرید کرده است. این شبهه برای محمد بن مسلم وجود داشته است که با توجه به اینکه خریدار این متاع هیچ محرکی برای این خرید نداشته و فقط به درخواست طرف مقابل اقدام به این کار کرده است، آیا به نفس این خریدن آن طرف مالك این متاع می شود و قهراً اگر بخواهد این متاع را به او بفروشد، در حقیقت ملك خودش را به او فروخته است یا نه اینطور نیست. این مطلب محل تأمل و تردید بوده است و لذا حضرت می فرمایند که به صرف اینکه درخواست او منشأ و محرك این شخص در خریدن این متاع بوده است، این متاع ملك او نمی شود ولو اینکه این متاع را لأجله خریده باشد. طبق این معنی اصلًا این روایت ارتباطی به بیع فضولی و مورد بحث ما نخواهد داشت. حضرت می فرماید: در این صورت ملك خودش را به طرف مقابل می فروشد و هیچ اشکالی هم ندارد. قهراً طبق این معنی این دو روایت مربوط به بیع کلی نخواهد بود تا ما مجبور شویم که یا حمل بر کراهت کنیم یا حمل بر تقیه.

بنابراین اخذ به ظهور روایت خالد بن حجاج و یحیی بن حجاج و امثال آنها اشکالی ندارد و نصوصیت هم دارد، بعضی از اطلاقات دیگر هم هستند و روایت «لا تبع ما لیس عندك» هم اگر مراد بیع غیر مقدور نباشد، حمل به مبیع شخصی یا کلی فی المعین می کنیم. به نظر ما این بحث دیگر تمام است.

بررسی روایات مسئله- تفصیل بین عقد منجز و معلق ۹۴/۰۱/۲۳

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: بررسی روایات مسئله- تفصیل بین عقد منجز و معلق

عناوین: ادامه ی بررسی فرمایشات آقای خوئی نسبت به روایات من باع شیئا ثم ملکه فأجاز - بررسی یک مؤید برای بطلان در کلام مرحوم شیخ (روایت نکاح عبد بدون اذن مولی)- تفصیل بین عقد منجز و عقد معلق- صورت مشروط بودن معامله به تملک نه اجازه (فرمایش شهید اول) - نظر مرحوم شیخ

ادامه ی بررسی فرمایشات آقای خوئی

دیروز نسبت به فرمایشات مرحوم آقای خوئی عرائضی بیان کردیم که برخی از آنها از سر غفلت بود و گاهی انسان از سر خستگی دچار غفلت می شود که نسبت به این غفلت به ما تذکر دادند.

آقای خوئی چند فرمایش داشتند که یکی از آنها عبارت از این بود که دو روایتی که در آنها لفظ متاع به کار برده شده بود را مربوط به مبیع شخصی دانستند که در این روایات معامله ی مبیع شخصی تحریم شده است. ما دیروز عرض کردیم که این اختصاصی به مبیع شخصی ندارد و اعم از آن است.

فرمایش دیگر ایشان عبارت از این بود که روایت معاویه بن عمار که راجع به خرید حریر بود را مخصوص به بیع کلی دانسته و جمعاً بین الادله حمل بر کراهت نموده بودند که ما عرض کردیم این روایت اعم از بیع کلی و شخصی است و ناظر به کلی فی المعین است.

مطلب دیگر ایشان عبارت از این بود که برای جمع بین ادله و رفع اختلاف، هر کدام از روایات را به یک موردی حمل کرده بودند که ما از سر غفلت و اشتباه عرض کردیم که موضوع واحد است و نمی شود اینطور بین ادله جمع کرد، ولی این غفلتی از ما بود که وحدت موضوع را تصور کردیم، در حالی که موضوع واحد نیست، بلکه متعدد می باشد.

ص: ۷۲۷

آقای خوئی می فرمایند که برخی روایات مانند روایت حریر، موضوعش کلی است و برخی روایات هم راجع به خصوص مبیع شخصی است و هیچ منافاتی بین این دو دسته وجود ندارد و ما به هر دو اخذ می نماییم.

نفی موجود در روایاتی که راجع به مبیع کلی است، به وسیله ی روایات دیگری که در این باب وارد شده است، حمل بر کراهت می نماییم، ولی راجع به مبیع شخصی معارضی وجود ندارد و لذا ما به آن اخذ می نماییم.

ما دیروز به جهت غفلت عرض کردیم که کأنّ موضوع واحد است و این دو دسته با هم تعارض می کنند و لذا ما باید مورد بحث را هم حمل به کراهت کنیم، ولی لزومی ندارد که این چنین حمل کنیم و این غفلتی از ما راجع به این مطلب بود.

مقتضای روایت خالد بن حجاج و یحیی بن حجاج

مقتضای روایاتی ماننـد روایت خالد بن حجاج یا یحیی بن حجاج عبارت از نفی مورد بحث است که می فرماید: «من باع شـیئاً ثم ملـک»، اگر کسـی چیزی را بفروشـد و بعـد بخواهـد مالک آن شـیء شود، نه با اجازه و نه بی اجازه چنین عقـدی صـحیح نیست. بنابراین، اگر انسان بخواهد مبیع شخصی و مال دیگری را بفروشد و بعد آن را بخرد و با اجازه ی خودش تصحیح کند، چنین بیعی صحیح نیست.

مویّدی برای بطلان در کلام مرحوم شیخ

شیخ انصاری هم همین قول را اختیار کرده (۱) و می گویـد که مقتضـای ادله عبـارت از این است که چنین بیعی ولو با اجازه صحیـح نباشـد، بعـد هم ایشان برای فرمایش خودشان یک روایتی را به عنوان مؤید ذکر می کنندکه در کتاب نکاح وارد شده است و راجع به عبـدی است که بدون اذن مولای خودش تزویج کرده است که این تزویج او فضولی است و بعد از آزاد شدن از حضـرت سؤال می کنـد که آیـا حـال که من آزاد شـده ام و مولایی در کار نیست، آن عقـد من صـحیح است یا محکوم به بطلان است و باید دوباره عقد انجام بشود؟ حضـرت می فرمایند: آیا زمانی که تو عقد کردی، مولای تو متوجه این کار تو بود و سـکوت کرد؟ آن عبـد در جواب عرض می کنـد: بله متوجه شد و سـکوت کرد و چیزی نگفت. حضـرت می فرمایند: تو بر نکاح سابق باقی هستی و عقدت درست است و احتیاجی هم به عقد جدید نیست، زیرا سکوت او امضاء عقد سابق توست. بعد مرحوم شیخ می فرماید این روایت ظاهر بلکه صریح در این است که چون مولی با سکوت خود این عقد را امضاء کرده است، دیگر احتیاجی به تجدیـد عقد نیست. در این روایت تعبیر امام علیه السـلام قرینه بر این است که اگر امضای مولی نبود، با آزاد شـدن عبد و اسـتقلال او عمل سابقش تصـحیح نمی شود و اگر با آزاد شدن عبد عملش تصـحیح می شد، دیگر احتیاجی نبود که حضـرت چنین سؤالی بپرسـند و از اسـتفسار حضـرت راجع به اجـازه ی مولی معلوم می شود که اگر او اجازه نـداده باشـد، اجازه خود عبد بعد بعد الاسـتقلال فایده ای ندارد. بنابراین، این روایت دلیل بر این خواهد بود که «من باع شـیئاً ثم ملک»، این بیع صحیـح نیست و حتی اجازه ی بعـدی هم فایده ندارد، منتهی چون این روایت مربوط به باب نکاح است، شـیخ نسـبت به مورد بحث مـا -که بـاب بیع است- تعبیر مؤیـد را آورده است نه تعبیر اسـتدلال. البته تأییـد این روایت نسبت به مورد بحث مـا قوی است، زیرا شارع در باب نکاح احکام را ساده تر گرفته است تا این امر شیوع پیدا بکند و حتی کسانی که منکر صحت فضولی هسـتند، در باب نکاح فضولی را صـحیح می داننـد. بنابراین، اگر یک چیزی در باب نکاح باطل شد، کأنّ ممکن است بگوییم که به طریق اولی در بـاب بیع هم باطـل است، زیرا نظر شارع در باب نکاح بر تسـهیل و توسـعه ی نکاح است و مع ذلک وقتی عبد نکاح کند و در نظر شارع اسـتقلال بعدی او مصحح عقد نباشد، «من نکح شیئاً ثم استقل»، ممکن است از این حکم بطلان یـک نحوه اولویـتی راجع به بـاب بیع اسـتفاده بشود. خلاـصه اینکه بـا توجه به اینکه موضوع این روایت مربوط به بـاب نکـاح است، نسبت به باب بیع جنبه ی تأییدی دارد.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۵۴.

ایشان می فرمایـد: «و مما یؤید المنع مضافا إلی ما سیأتی عن التذکره و المختلف من دعوی الاتفاق»، ادعای اجماع منقولی هم در کار هست «روایه الحسن بن زیاد الطائی الوارده فی نکاح العبـد بغیر إذن مولاه قال: قلت لأبی عبد الله علیه السـلام إنی کنت رجلا مملوکا فتزوجت بغیر إذن مولای ثم أعتقنی بعد فأجدد النکاح قال فقال علموا أنک تزوجت قلت نعم قد علموا فسکتوا و لم یقولوا لی شیئا قال ذلک إقرار منهم أنت علی نکاحک الخبر». بعـد مرحوم شـیخ می فرماید «فإنها ظاهره بل صـریحه فی أن عله البقاء بعد العتق علی ما فعله بغیر إذن مولاه هو إقراره». علت اینکه حضرت فرموده است: «أنت علی نکاحک»، این است که امضـاء مولی منشأ صـحت این نکاح شـده است و اگر ذاتاً این ازدواج باطل نبود، حضـرت سؤال نمی کرد که آیا آنها ازدواج شما را فهمیدند یا نه و از همان اول حکم می کرد که اشکالی ندارد.«اقراره المستفاده من سکوته فلو کانت صیرورته حرا مالکا لنفسه مسوغه للبقاء مع إجازته أو بـدونها»، اگر مالک شدن شـخص نسـبت به خودش (حال با اجازه یا بی اجازه علی الخلاف) موجب تصـحیح عقد می شد، دیگر جایی برای این سؤال حضـرت نبود. «فلو کانت صـیرورته حرّا مالکا لنفسه مسوّغه للبقاء مع إجازته أو بـدونها لم یحتـج إلی الاسـتفصال عن أن المولی سـکت أم لا للزوم العقـد حینئذ علی کل تقدیر»، بله، دیگر نیازی به این سؤال نبود.

نقد فرمایش مرحوم شیخ

ایشـان ادعـاء کرده است که این روایت ظـاهر بلکه صـریح در این است که لولا الامضاء عقـد باطل بود و امضای خود این عبد بعد از آزاد شدن فایده ندارد و مصحح نیست، ولی به نظر ما این روایت نه تنها صریح در این مطلب نیست، بلکه ظهور معتدّ به هم در مختار شـیخ ندارد، البته می توان ادعاء کرد که اشـعار دارد و علتش هم عبارت از این است که اگر هم کسـی در مسئله ی «من باع شـیئاً ثم ملک» قائل به صـحت باشد، باز هم جای این سؤال هست، زیرا این صـحت منوط به این است که مولا عقد او را رد نکرده باشـد و در صورتی که سـکوت نکرده و ردّ نموده باشـد، دیگر بعد از اسـتقلال عبد چه با اجازه و چه بی اجازه نمی تـوان عمـل او را تصـحیح کرد. در این روایت هم سؤال حضـرت برای این بوده است که بدانـد آیـا مولی این عقـد را ردّ کرده است یا نه. حضـرت اصـلاً سؤال از سـکوت هم نکرده است، روای خودش به مسـئله ی سـکوت اشاره نموده است، بلکه حضـرت سؤال کرده است که آیا او فهمیـد یا نفهمیـد؟ این عبـد آزاد شـده هم عرض می کنـد که بله فهمیـد و سـکوت نمود. حضـرت هم می فرماینـد که این به منزله ی امضـاء است و کفایت می کنـد. این کلمه ی امضاء مشعر به این است که موضوع خود نفس الامضاء است، ولی ممکن هم هست که بگوییم: اشاره به امضاء به خاطر تلازم آن با عدم الردّ است، مثل اینکه شما در مقام اشاره به رد نکردن شخص بگویید: قبول کرده است و ردّ نکرده است.

در اینجا قبول کردن مقدمه برای اشاره به این است که شخص ردّ نکرده است. اگر در اینجا هم مولی رد کرده بود، دیگر نمی شد کاری کرد.

بنابراین، امضاء به صورت طبیعی در هر دو مورد بکار برده می شود و هم احتمال دارد که امضاء نفس الموضوع باشد و هم احتمال دارد که برای اشاره به عدم الردّ باشد.

بنابراین اگر امضاء مقدمه برای این باشد که مولی عقد را ردّ نکرده است، دیگر دلیل بر این مطلب نخواهد بود که اجازه ی عبد بعد از استقلال فایده ندارد و هیچ کاره است. و با دو احتمالی که ذکر شد، این روایت فقط یک نحوه اشعاری به مختار شیخ دارد.

تفصیل بین عقد منجز و عقد معلق

بحث دیگری که مرحوم شیخ بیان می فرمایند عبارت از این است که ما از ادله اینطور می فهمیم که بطلان در مورد بحث نسبت به صورتی است که عقد قبلی مالك و مشتری، عقد منجز باشد نه عقد معلق، یعنی طرفین خودشان را ملزم بدانند که مقدمات این کار را درست کنند، زیرا حضرت در روایت می فرمایند که اگر الزامی در کار باشد، این بیع محل اشکال و مورد نهی است، ولی اگر الزامی در کار نباشد، اشکالی ندارد، «ولا تواجبه البیع قبل الاشتراء». ایشان می فرماید: از مجموعه ی روایاتی که در این مسئله هست، اینطور استفاده می شود که موضوع حکم بطلان راجع به صورتی است که از نظر لزوم تمام شده باشد، ولی اگر قراردادشان به نحو مشروط بوده و لزوم طرفینی در کار نباشد و نظر طرفین بر این باشد که اگر بعداً این شخص آن شیء را خرید و هر دو توافق کردند، این معامله واقع شده و نقل و انتقالی واقع بشود، در این صورت معامله اشکالی نخواهد داشت.

به عبارت دیگر اگر معامله مشروط به اجازه باشـد، نه معامله ی مطلقی که باید مقدماتش فراهم بشود، در این صورت روایات مسئله شامـل این مورد نخواهـد شـد. بنـابراین اگر طرفین قراری به نحو مشـروط بسـتند که طرف مقابـل برود و فلاـن شـیء را خریـداری کنـد و در صورت توافق بعـدی طرفین، معـامله ی ملکیت شود، چون این مورد از موضوع روایات خارج است، و ما دلیلی نداریم که این فضولی است و قابل تصحیح نباشد لذا در این مورد ایشان حکم به صحت می کند.

تفصیل بین مشروط بالتملک و مشروط بالاجازه (فرمایش شهید اول)

بعـد هم ایشان می فرماینـد فرض دیگری که شـهید اول (۱) آن را باطـل حسـاب کرده این است که قرارداد مشـروط به اجـازه نیست، بلکه مشـروط به تملک طرف مقابل است، به این معنی که قرارداد طرفین بر این باشـد که وقتی طرف مقابل رفت و این شیء را خرید، معامله ی بین طرفین به نفس این خرید لازم باشد.

البته در اینجا دو فرض وجود دارد که فرض اول هم خود بر دو قسم است:

فرض اول: عبـارت از این است که بگوییم در این صورت که معـامله مشـروط به تملـک است، دیگر نیازی به اجازه نیست که همین انتقـال بـدون اجـازه هم به دو صورت قابـل تصویر است: الف) یـک صورت این است که آناًمـا منتقـل به ملـک مـالک فضـولی شـود و بعـد هم به ملـک مشـتری داخـل شود. ب) قسم دیگرش هم عبـارت از این است که مسـتقیماً داخـل در ملک مشتری شود.

ص: ۷۳۱

۱- الدروس، شهید اول، ج۳، ص ۱۹۳.

فرض دوم: دیگر عبارت از این است که انتقال با نفس خرید حاصل نمی گردد، بلکه باید حتماً مقدمات نقل و انتقال انجام شود و شخص اجازه بدهد تا نقل و انتقال واقع شود.

از کلام شهید اول استفاده می شود که این صور ثلاثه باطل است و هر چند که قرارداد در این فروض مشروط به تملک است، ولی کأنّ فقط مواردی که مشروط به اجازه باشد، از ادله ی بطلان خارج است و لذا صورتی که مشروط به تملک است از ادله ی نافیه خارج نبوده و محکوم به بطلان می باشد.

نظرمرحوم شیخ

این مطلبی است که ایشان از شهید اول هم نقل می کنند، ولی خود شیخ می فرمایند که لکن الانصاف این است طبق آنچه که ما می فهمیم، قراردادی باطل است که الزام بیاورد، ولی ا گر اینطور نباشد و به نحو مشروط بالتملك یا مشروط بالاجازه باشد، ممنوع نیست، زیرا الزام و التزام مطلق در کار نیست چه اشتراط به تملك باشد و چه اشتراط به اجازه. و من حیث المجموع فقط صورت الزام ممنوع است و اگر همان قرارداد اول الزام بیاورد، محل اشکال خواهد بود، ولی در غیر این صورت دلیلی بر بطلان نداریم.

«و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

من باع شیئا ثم ملک و لم یجز ۹۴/۰۱/۲۴

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: من باع شیئا ثم ملك و لم یجز

عناوین: دو مؤید برای بطلان « من باع شیئا ثم ملک فأجاز» - تسامح در کلام مرحوم شیخ – مسأله ی «من باع شیئا ثم ملکه و لم یجز» - عدم تنافی در عبارات مرحوم شیخ

ص: ۷۳۲

دو مؤید برای بطلان « من باع شیئا ثم ملک فأجاز»

مرحوم شیخ بعد از اینکه از روایات اختیار کرد که «من باع شیئاً ثم ملک» باطل است دو مؤید برای بطلان می آورند:

مؤیّد اول: دعوای اتفاقی است که در تذکره و مختلف هست البته در مختلف دعوای «اجماع» کرده و در تذکره دعوای «لا خلاف» (۱) . و «لا ـ خلاف» مفادش غیر از «اجماع» است. این اجماع رتبه اش به یک معنی پایین تر و به یک معنی بالاتر است چون دعوای اجماع در مختلف منظور اجماع امامیه است از این جهت یک خرده رتبه اش از «لا خلاف» پایین تر است چون اجماع کل مسلمین نیست ولی از یک طرف بالاتر است زیرا «لا خلاف» در جایی است که عده ای مسأله را عنوان کرده اند و اختلاف نظری در آنها نیست هر چند بیشتر هم عنوان نکرده باشند و لازم نیست «کل» یا «بمنزله الکل» فتوی داده باشند. ولی

در اجماع باید معاریف و مشاهیر عنوان کرده باشند و فتوای موافق داده باشند.

اینجا مرحوم شیخ موقعی که خواسته هر دو را نقل کند به اتفاق تعبیر کرده است و می فرماید «سیأتی عن التذکره و المختلف من دعوی الاتّفاق» (۲) کأنّ تفصیلش بعداً معلوم می شود که نحوه ی اتفاق چطور است اتفاق اجماعی است یا اتفاق لا خلافی. و اینجا فقط یک قدر مشترک بیان می کند اعم از اینکه همه عنوان کردند و اتفاق کردند یا نه عده ای عنوان کردند و اتفاق کردند.

ص: ۷۳۳

۱- تذکره الفقهاء، علامه حلی، ج ۱۰، ص ۱۶.

۲- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۵۳.

مؤیّد دوم: روایت حسن بن زیاد طائی است که در اینجا به عنوان تأیید آن را ذکر کرده ولی در صفحه بعد به عنوان فحوی برای مطلب به آن استدلال می کند (۱) و این دو به حسب ظاهر با هم نمی سازد. در توجیه کلام ایشان می توان گفت در اینجا که به عنوان تأیید ذکر می کند و به فحوی استدلال نمی کند به خاطر این است که خود ایشان قبلاً قبول نکرد فحوای اولویت باب نکاح از باب بیع را و چون قبول نکرده بود (۲) پس قهراً به عنوان دلیل نمی شود به آن استدلال کرد ولی در صفحه ی بعد که ایشان کلمه فحوی را به کار برده احتمال هست که فحوی را علی مسلک القوم استعمال کرده است چون بعداً تنبیه کرده که مطالب بعضی هایش روی مبنای خودش است و بعضی هایش علی المشتهر و علی مسلک القوم است.

در مورد فحوی ما از یک جهت قائل بودیم و از یک جهت قائل نبودیم البته نه بیان مرحوم شیخ. به نظر ما این طوری که از روایات استفاده می شود شرع مقدس می خواهد مسئله زنا در کار نباشد جوانها به مشکل برنخورند و اسلام در مقابل رهبانیتی که مسیحی ها در دین خودشان قرار دادند مسأله ی نکاح را ساده گرفته است تا آن اندازه که در بیابان اگر زنی گفت من مانع ندارم حضرت فرموده اند ازدواج با او اشکالی ندارد . و عدالت زن فرض نشده، یک زن مجهول آمده یک حرفی زده در این صورت - اگر یقین به خلاف پیدا نکند - می فرماید اشکالی ندارد می تواند با او ازدواج کند؛ این پیداست شارع مقدس نمی خواهد اشخاص به زنا مبتلا شوند و از آن طرف در طلاق سخت گیری کرده است.

ص: ۷۳۴

۱- «و فحوی الحکم المذکور فی روایه الحسن بن زیاد المتقدّمه» / مکاسب، ج ۳، ص ۴۵۸.

۲- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۳۵۶.

تسامح در کلام مرحوم شیخ

« فإنّها ظاهره بل صریحه فی أنّ علّه البقاء بعد العتق علی ما فعله بغیر إذن مولاه هو إقراره المستفاد من سکوته، فلو کان صیرورته حرّا مالکاً لنفسه مسوّغهً للبقاء مع إجازته أو بدونها لم یحتج إلی الاستفصال عن أنّ المولی سکت أم لا؛ للزوم العقد حینئذٍ علی کلّ تقدیر».

در مورد روایت حسن بن زیاد طائی یک مسامحه در عبارت مرحوم شیخ شده است. ایشان می فرمایند سؤال امام از این است که مولی سکوت کرده یا نه. و از این سوال امام فهمیده می شود که عقد باید به امضاء مولا برسد تا تصحیح شود و این را می خواستند شاهد بیاورند که اجازه بعدی شخص فایده ندارد، راه تصحیح فقط این است که مولا امضاء کرده باشد؛ سؤال از سکوت، یعنی امضاء کرده یا نه؟ چون ایشان سکوت را امضاء می داند.

این تسامحی هست در عبارت مرحوم شیخ، حضرت سؤال نکرده که آیا مولا ساکت شد یا نه؟ سؤال این است که مولا فهمید یا نه؟ «فقال: علموا أنّک تزوّجت؟» وخود حسن بن زیاد طائی اضافه کرد گفت بله فهمید و سکوت کرد « قلت: نعم، قد علموا فسکتوا و لم یقولوا لی شیئاً». این در نقل امام نیست در نقل آن سائل است.

خلاصه اینکه دو احتمال در این سوال است یک احتمال اینکه می خواسته ببیند آیا به امضای او رسیده که صحیح باشد یا نرسیده. و احتمال دوم اینکه می خواسته ببیند که آیا مالک او اطلاع پیدا کرده یا نه که اگر اطلاع پیدا نکرده عقد صحیح است، یا خودبه خود یا با اجازه. و اگر فهمیده آن وقت فیه تفصیلٌ. و حضرت خواسته همین را سؤال کند که آیا احتیاج به مؤونه ای دارد یا ندارد؟

و بـا توجه به اینکه دو احتمـال در اینجـا وجود دارد قهراً دلیل نمی شود و اینکه مرحوم شـیخ می فرمایـد سؤال امام از سـکوت است، درست نیست.

البته آن جـواب امـام که فرمود بله سـکوت او اقرار است «قـال: ذلـک إقرار منهم، أنت علی نکاحـک»، این امضـاء است و اگر کسـی بخواهد استدلال کند باید به این جواب استدلال کند نه به سؤال. و این جمله هم به حساب معرّف بودنش بیش از اشعار چیز دیگری نیست الا ـن اگر یـک جـایی حکم دائر مـدار این است که ردّ کنـد یا ردّ نکنـد در مقام اینکه ردّ نکرده می گوییم قبـول کرده، قبـول کردن را ذکر می کنـد برای اینکه لا ـزمه اش این است که آن موضـوع حکم اینجـا محقق است. و چون این احتمال می رود بیش از اشعار فهمیده نمی شود.

مسأله ی «من باع شیئا ثم ملکه و لم یجز»

بیان بطلان: بعد شـیخ می فرمایند از آن مطالبی که ذکر کردیم در مورد بطلان مسأله ی «من باع شیئاً ثم ملک ثم اجاز»، حکم بطلان یک صورت دیگر هم روشن می شود و آن صورتی است که بایع فضولی بعد از خریدن از مالک اصلی آن عقد اول را اجازه نکنـد. و بـدون اجازه، با نفس خریـد خود این فضولی از مالک اصـلی نقل و انتقالی واقع نمی شود. در اینجا به سه دلیل برای بطلان اشاره می کنیم:

دلیل اول: روایات ناهیه هم صورت اجازه را می گیرند و هم صورت عدم اجازه را.

دلیل دوم: قاعـده ی الناس مسـلطون علی اموالهم؛ شـخص فضولی بعـد از اینکه مال را خرید و مالک شد طیب نفس ندارد که مـالش به مشتری اول داده شود و التزام قبـل از تملکش به اینکه این مـال معین برای مشتری باشـد به این نحو بوده که مـال غیر برای مشتری باشـد نه مال خودش. و شـخص فضولی بعـد از اینکه مال را خریـد و مالک شـد اگر این مال را به دیگری تسـلیم کنـد، این تسـلیم مصـحح تصـرف طرف مقابـل نیست زیرا بـائع به حسـاب این که عقـد اول، عقـدی است که لا ـزم المراعـات است،این مبیع را تسـلیم کرده و این طیب نفسـی که روی عنـاوین ثانویه و به تخیل لزوم شـرعی –در حالی که در واقع نیست- برای او حاصل شده کافی نیست و نقل و انتقال واقعی نمی شود

بیان صحه: مرحوم شیخ می فرماید اللهم الا أن یقال که عموم «أوفوا بالعقود» (۱) و «المؤمنون عند شروطهم (۲) » اقتضاء می کند که وفا لازم باشد و به شرط باید عمل شود حالا اگر یک مانعی قبلًا بود و وجوب وفا نداشت وقتی که مانع مرتفع شد چرا نتوان به عموم آنها تمسک کرد. قبلًا که قرار بسته با طرف مقابل برای نقل و انتقال، مالک نبوده و لذا لزوم وفا نداشته، ولی بعد از اینکه خرید محذور رفع شد چرا نتوان تمسک کرد به «المؤمنون عند شروطهم» یا «أوفوا بالعقود» ؟ با این تقریب، عقد لازم الوفاء است و این در کلمات بزرگانی مثل فخرالدین در إیضاح (۳) و شهید ثانی در مسالک (۴) وجود دارد که با خرید طرف، بدون اجازه هم نقل و انتقال واقع می شود.

اشکال به صحه: بعد خود ایشان می فرمایند این حرف درستی نیست به خاطر اینکه این فرد از معامله قبلًا از تحت عام خارج شده یعنی وقتی که از مالک اصلی نخریده بود، شرعا لزوم وفا نبود بعدش شک داریم که این عدم لزوم وفا ادامه پیدا کرده یا نه؟ استصحاب می کنیم حکم خاص را یعنی عدم وجوب وفا؛ البته روی مسلک شیخ و مسلک مشهور که در شبهات حکمیه استصحاب جاری است. بعد یک فتأملی دارد که اگر کسی اشکال کند که عمومات ادله اجتهادی است، استصحاب دلیل فقاهی است و دلیل فقاهی متأخر از دلیل اجتهادی است حال اینجا چطور شده که «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» را که دلیل اجتهادی است کنار می گذارید و به استصحاب حکم خاص تمسک می کنید؟ در جواب می گوئیم فتأمل که این ایراد به ما وارد نیست چون ما در رسائل گفتیم که: اینکه ما می گوییم استصحاب جاری می شود از باب تقدیم استصحاب بر دلیل اجتهادی نیست بلکه از این باب است که در اینجا عموم ذاتاً صلاحیت استناد ندارد و اصلا عمومی در کار نبوده است. با این بیان که: اگر یک عامی، افراد متعددی داشته باشد و یک فردی از تحت عام خارج شده و فرد دیگر را نمی دانیم خارج شده یا خارج نشده اینجا به عام تمسک می کنیم و این در جایی است که شک در تخصیص زیاد یا تخصیص کم داشته باشیم. مثلا اگر مولی گفته باشد «أکرم العلماء» و زید از تحت این عام خارج شده باشد و شک در خروج عمرو داشته باشیم به عموم «أکرم العلماء» تمسک می کنیم.

۱- مائده / ۱.

۲- الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، شیخ طوسی، ج ۳، ص ۲۳۲.

۳- إیضاح الفوائد، ابن علامه، ج۱، ص۴۱۹.

۴- المسالک، شهید ثانی، ج۶، ص۴۹.

ولی گاهی عموم شامل فرد سابق نمی شود مثلا اگر مولی فرمود «اکرم العادل» و زیـد در روز جمعه فاسق بود و سـپس در روز شنبه شـک کردیم که آیـا عـادل شـده است یـا نه در اینجـا شـک در این است که عام شامل آن شـده است یا نه؛ که در اینجا استصحاب حکم خاص می شود که همان عدم وجوب اکرام است و در ما نحن فیه هم فتامل که مورد ما از قبیل نوع دوم یعنی «اکرم العادل» است که از اول عموم وجوب وفا شامل بیع فضولی نشـده و بعد از خریدن بایع فضولی، که شک می کنیم عموم وجوب وفا شامل آن شـده است یا نه، نمی توان به عموم تمسک کرد لذا حکم خاص که عدم وجوب وفا است را استصـحاب می کنیم.

دلیل سوم بر بطلان: روایات ناهیه ای که از آنها اسـتفاده می شد که اجازه شـخص فایده ندارد، همان ها دلیل است برای اینکه بـدون اجـازه هم باطل است چون اگر روایات فقط ناظر به این بود که لزوم وفا به نحوی که برود مقـدمات کار را درست کند لازم نیست اگر تنها این بود دلالت بربطلان در بحث ما نمی کرد و بعـد از خریـد دلیلی نـداشتیم که وجوب وفا در کار نیسـت ولی از آن روایات و سکوت امام از مسئله استفاده می شود برای اینکه بعدش هم فایده ندارد.

عدم تنافی در عبارات مرحوم شیخ

مرحوم شـیخ در اول بحث فرمود که مسـأله «من باع شـیئاً ثم ملک» اختلافی است ولی اقوی این است که صـحیح است عبارت ایشان این است: «و المهم هنا التعرض لبیان ما لو باع لنفسه ثم اشتراه من المالک و أجاز ... و الاقوی هو الاول(الصـحه) للاصـل و العمومات السلیمه عما یرد علیه.» (۱) ولی در اینجـا ایشان حکم به بطلان کرده است با این عبارت: «فالأقوی العمل بالروایات و الفتوی بالمنع عن البیع المذکور». (۲) و در ابتدا یک نحوه تنافی بین اول و آخر بحث به نظر می رسد ولی با دقت معلوم می شود که شـیخ آن جـایی که بطلاـن گفته مواردی است که روایـات ناهیه به آن ها ناظر است و آنجا که صـحت گفته مواردی بوده که روایـات نـاظر به آن هـا نیست. مثلاـ در جـایی که عقـد فضولی منجز باشـد باطـل است و جائی که تنجیز نباشـد باطل نیست.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۳۵.

۲- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۵۳.

لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرّف فبان كونه جائز التصرّف ۹۴/۰۱/۲۵

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرّف فبان كونه جائز التصرّف

«المسأله الثالثه ما لو باع معتقـداً لكونه غير جائز التصـرّف فبان كونه جائز التصـرّف. و عدم جواز التصـرّف المُنكشَف خلافه، إمّا لعـدم الولايه فانكشف كونه وليّاً، و إمّا لعـدم الملك فانكشف كونه مالكاً. و على كلّ منهما، فإمّا أن يبيع عن المالك، و إمّا أن يبيع لنفسه، فالصور أربع» (۱) .

المسئله الثالثه عبارت از این است که شـخص عقـد می کند با این اعتقاد که جایز التصـرف نیست ولی بعد کشف می شود که جایز التصـرف بوده است. مرحوم شـیخ می فرماینـد چهار صورت دارد یک صورت اینکه بر اصل معامله ولایت داشـته، وکیل بوده یا مأذون بوده و این شخص عقد انجام می دهد با این اعتقاد که ولایت، وکالت یا إذن ندارد و گاهی شخص واقعاً مالک است و عقد انجام می دهد با این اعتقاد که مالك نیست. و در هر کدام از این دو صورت یا از طرف مالك می فروشد یا برای خودش.

صورت اول: « أن یبیع عن المالك فانکشف کونه ولیّاً علی البیع.»

صورت اول عبارت از این است که از طرف مالك می فروشـد با این اعتقاد که ولایت، وکالت یا إذنی ندارد ولی واقعاً ولایت یا إذن یا وکالت دارد. مثلا شـخص وکیل بوده و جایز التصـرف ولی یادش رفته، عقـد که می خواهـد بخواند به این اعتقاد می خوانـد که جـایز التصـرف نیست. یا مثل عبـدی که مأذون هست از طرف مولای خودش که برای مالك بیع و شـراء کنـد ولی خودش نمی دانسـته مـأذون است این از طرف مولا معاملاتی انجام می دهـد به اعتقاد اینکه از طرف مولی مأذون نیست و فکر می کند که عقدش فضولی است و بعداً کشف می شود که مولا اذن داده بوده این متوجه نبوده است.

ص: ۷۳۹

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۵۸.

مرحوم شـیخ می فرمایند که اشـکالی در این مسئله نیست و ما فضولی را چه صحیح بدانیم چه باطل بدانیم چون این شخص از طرف مولا دارد انجام می دهد و واقعاً از طرف مولا مأذون بوده عقدش صـحیح است و اینکه تخیل می کرده غیر مأذون اسـت ضرری نمی زند همان ثبوت واقعی کفایت می کند. و به نظر ما هم جای اشکال نیست.

اما از قاضـی ابن براج حکایت شـده که ایشان قائل به تفصـیل است: می فرمایـد اگر این شـخص که اعتقاد به مأذونیت خودش نـدارد و چنین عقدی انجام می دهد اگر مشتری هم با همین اعتقاد که این شـخص مأذون نیست با او معامله کند - کأنّ طرفین با اینکه معتقدند این عقد، عقد لازم الوفایی نیست اقدام می کنند - چنین عقدی صحیح نیست هر چند که این شخص در عقد واقعاً مجاز بوده است. اما اگر طرف مشتری آن می دانـد این مأذون است، خود عبـد نمی دانـد که مأذون است و چنین عقـدی

می خوانـد این عقـدش صـحیح است. این مطلبی است که قاضـی گفته البته در مختلف می گویـد که چه فرقی می کنـد آنکه شرط است اذن مولاـست مولا هم که اذن داده حالا خودش یا طرف مقابل اعتقاد به عـدم اذن دارنـد این وجهی برای بطلان و تفصیل نیست (۱) .

«الأولی أن یبیع عن المالک» شخصـی است که ثبوتاً مالک نیست ولی ولایت دارد اما معتقـد است که ولایت ندارد و از طرف والی می خواهـد عقـد انجام بدهـد «أن یبیع عن المالـک فـانکشف کونه ولیّاً علی البیع» یعنی «أن یبیع عن المالک معتقـداً بأنه لیس بـولیّ» ولی «فـانکشف کـونه ولیّـاً» «فلاـ ینبغی الإشـکال فی اللّزوم» که احتیـاج به اجـازه نـدارد «حتّی علی القول ببطلاـن الفضولی» به خاطر اینکه از طرف مالک فروخته، اذن مالک هم که بوده ثبوتاً، قصد قربت هم در باب معاملات معتبر نیست که بگـوییم چون خودش را جـایز التصـرف نمی دانسـته پس بنـابراین باطـل است «فلاـ ینبغی الإشـکال فی اللّزوم حتّی علی القول ببطلاـن الفضـولی لکنّ الظـاهر من المحکی عن القاضـی هـو التفصـیل»؛ هر چنـد منظور قاضـی تفصـیل است ولی در لفـظ «هو التفصـیل» ندارد «لکنّ الظاهر من المحکی عن القاضـی» عین عبارت قاضی را نقل می کند « أنّه إذا أذن السیّد لعبده فی التجاره فباع و اشتری و هو لا یعلم بإذن سیّده و لا علم به أحد» که مشتری هم که می آید اطلاع ندارد «لم یکن مأذوناً فی التجاره» این عبـد «و لا یجوز شـی ء ممّا فعله، فإن علم بعـد ذلک و اشتری و باع جاز ما فعله بعـد الإذن، و لم یجز ما فعله قبل ذلک، فإن أمر السیّد قوماً أن یبایعوا العبد» این صورت دیگر است که سید به عده ای گفته شما با او مبایعه کنید که این معنایش این است که من اجازه می دهم که چنین عقدی واقع شود و آن اشخاص دیگر هم متوجه شدند که او در این کار اجازه دارد ولی خود عبد متوجه مأذون بودن اش نیست فرموده که این عقـد صـحیح است ولی آن صورت اول که «لا علم به احـد» باطل است. «فإن أمر السیّد قومـاً أن یبـایعوا العبـد و العبـد لاـ یعلم بـإذنه له» او نمی دانـد «کان بیعه و شـراؤه منهم جائزاً، و جری ذلک مجری الإذن الظاهر، فإن اشتری العبـد بعد ذلک من غیرهم و باع جاز» شارع به عبد إذن داده که معامله کند و اینکه به عده ای گفته شـما با عبـد معامله کنیـد خصوصـیتی ندارد، منظور اصل نقل و انتقال است و اگر عبد با دیگران هم معامله کند صـحیح است. ثبوتاً از همین امر به مبایعه مأذونیت ثبوتی اثبات می شود و کافی است.

۱- مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه، علامه حلی، ج ۵، ص ۴۳۵.

«و عن المختلف الإیراد علیه: بأنّه لو أذن المولی و لا یعلم العبد، ثمّ باع العبد صحّ لأنّه صادف الإذن» و اطلاع دیگران که مأذون است یا مأذون نیست دخالتی ندارد «لأنّه صادف الإذن، و لا یؤثّر فیه إعلام المولی بعض المعاملین» بعد مرحوم شیخ می فرمایند: «و هو حسن».

صورت دوم: «أن یبیع لنفسه فانکشف کونه ولیّاً»

«فالظاهر أیضاً صحّه العقد، لما عرفت من أنّ قصد بیع مال الغیر لنفسه لا ینفع و لا یقدح و فی توقّفه علی إجازته للمولّی علیه وجه؛ لأنّ قصد کونه لنفسه یوجب عدم وقوع البیع علی الوجه المأذون. فتأمّل.» (۱)

صورت دوم این است که این شخص که ولیّ ثبوتی است برای خودش انجام می دهد. ایشان می فرمایند بر اینکه «فالظاهر أیضاً صحّه العقد» حالا لازم است یا لازم نیست آن بحث دیگری است ولی عقد صحیح است.

ان قلت: چگونه صحیح است در حالی که این شخص «یبیع عن نفسه» قصد می کند که آن ثمن داخل ملک خودش شود؟

قلت: مرحوم شیخ می فرماید ما این را قبلاً بحث کردیم که شخصی که فضولتاً برای خودش معامله کند آن قصد اولیش عبارت از این است که می خواهد معاوضه کند برای نقل و انتقال بین المالکین؛ منتهی بر خلاف علم بناگذاری می کند که من مالکم. و روی این جهت که قصد مالکین را کرده، عقد صحیح است.

منتهی آیا احتیاج به اجازه دارد یا نه؟ ایشان می فرمایند که وجهٌ بر اینکه باید اجازه بدهد؛ به خاطر اینکه درست است که از طرف مالک در اصل معامله ولی و مأذون بوده ولی راجع به اینکه بناگذاشته که مال خودش باشد این را که اذن نداده چون اذن نداده باید با اجازه دیگری تصحیح شود.

ص: ۷۴۱

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۶۰.

مراد از «فتأمل»

بعد مرحوم شیخ می فرمایند فتأمل. که شاید اشاره به این باشد که شخص دوتا قصد کرده، یک قصد کرده که برای مالک باشد و یک بناگذاری هم کرده که من مالکم. می گوییم آنکه بناگذاری کرده لغو است ولی چون قصد کرده برای مالک، این دیگر احتیاج به اجازه ندارد چون از طرف مالک مأذون بوده، منتهی به این عمل اذنی یک کار لغوی هم ضمیمه شده ولی آن کار لغو، آن اذن را لا اذن نمی کند که بگوییم احتیاج به اجازه دارد.

أن یبیع عن المالک ثمّ ینکشف کونه مالکاً ۹۴/۰۱/۲۶

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: أن یبیع عن المالک ثمّ ینکشف کونه مالکاً

«الثالثه: أن یبیع عن المالک ثمّ ینکشف کونه مالکاً و قد مثل له الأکثر بما لو باع مال أبیه بظن حیاته فبان میتا و المشهور الصحه بل ربما استفید من کلام العلامه فی القواعد و الإرشاد فی باب الهبه الإجماع». (۱)

مرحوم شیخ: قسم سوم این است که از طرف مالک عقد انجام می دهد به اعتقاد اینکه خودش مالک نیست، اجازه ای هم از مالک نگرفته بعد معلوم می شود که خودش مالک است. مثال: شخص مظنونش این است که پدرش زنده است و معامله ای روی مال پدر، بدون استیذان انجام می دهد بعد معلوم می شود پدر حین العقد مرده بوده و در واقع خود شخص مالک بوده است منتهی مالکیت خودش را نمی دانسته و خیال می کرده یک عقد فضولی دارد انجام می دهد. در این مسأله نظر مشهور صحه است و از کلام علامه در قواعد و ارشاد، اجماع استفاده می شود و مخالف صریحی ما ندیدیم فقط شهید اول به عنوان احتمال، بطلان را ذکر کرده است. – البته این را من عرض کنم که شاید شهید اول در عبارتش به این معنای احتمال بی میل نباشد – قبل از شهید اول علامه در نهایه الإحکام ، فخر المحققین در ایضاح، اینها هم احتمال بطلان داده اند.

ص: ۷۴۲

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۶۰.

کلام فخرالمحققین در إیضاح

علامه در قواعد می فرماید: «و لو باع مال أبیه بظن الحیاه و انه فضولی فبان میتا حینئذ و ان المبیع ملکه فالوجه الصحه» (۱) .

کلام فخرالمحققین در ایضاح: «أقول: المراد بالصحه هنا اللزوم و وجه الصحه انه تصرف من أهله فی محله و یحتمل وقوفه علی إجازته لأنه لم یقصد البیع اللازم بل الموقوف علی إجازه متجدده من الأب أو من یقوم مقامه و لما اعتبر القصد فی أصل البیع ففی أحواله أولی (و یحتمل) البطلان لأنه إنما قصد نقل الملک عن الأب لا عنه و لانه و ان کان منجزا فی الصوره فهو فی المعنی معلق و التقدیر ان مات مورثی فقد بعتک و لانه کالعابث عند مباشره العقد لاعتقاده ان المبیع لغیره» (۲) .

به عنوان مقـدمه این را عرض کنم که در مورد کلمه ی لزوم، دو اطلاـق در کلمـات بزرگـان هست یکی لازم در مقابل خیار، که اختیار فسـخ نداشـته باشد؛ الان در غالب اسـتعمالات، اطلاق لزوم به همین معنا است ولی در کتب سابق به طور شایع، لزوم در مقابل موقوف اطلاق می شود که لزوم در مقابل موقوف ممکن است خیاری باشـد. در این معنای دوم عقد لازم، فعلیتش به چیزی متوقف نیست و در مقابل موقوف آن چیزی است که فعلیتش متوقف به اجازه است.

فخر المحققین سه احتمال در مسئله داده یکی این است که صحیح باشد و لازم، در مقابل موقوف یعنی بالفعل احتیاج به اجازه نباشد. دوم عبارت از اینکه صحیح باشد به نحو موقوف. سوم اینکه باطل باشد به نحوی که با اجازه هم تصحیح نشود.

ص: ۷۴۳

۱- قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام، علامه حلی، ج ۲، ص ۱۹.

۲- إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، فخر المحققین، ج ۱، ص ۴۲۰.

سه اشکال برای صحت در کلام علامه و فخر المحققین

علامه در نهایه الإحکام دوتا وجه برای احتمال بطلان ذکر می کند (۱) که عین همان دوتا وجه به اضافه ی وجه ثالثی در ایضاح فخر المحققین آمده است. و تعبیری که مرحوم شیخ اینجا در نقل دارد خالی از تسامح نیست. عبارت را می خوانم و اشکالات وارد شده به صحت را عرض می کنم «و لم نعثر علی مخالف صریح إلا أن الشهید رحمه الله ذکر فی قواعده أنه لو قیل بالبطلان أمکن» یعنی می شود کسی یک چنین حرفی را بزند کأنّ یک حرف بی ربطی نیست «و قد سبقه فی احتمال ذلک العلامه و ولده فی النهایه و الإیضاح» علامه در نهایه و فخر المحققین هم در ایضاح.

اشکال اول به صحت:

اشکال اول این است که «لأنه إنما قصد نقل المال عن الأب لا عنه» از عاقد واقع نمی شود برای اینکه عاقد قصدش این نبوده که از طرف خودش معامله کند بلکه از طرف مالک انجام داده و مفروض این است که مالک فوت کرده است. و قصد در معاملات یک چیزی نیست که خودبه خود مثل ارث، نقل و انتقال پیدا کند.

اشکال دوم:

اشکال دوم اینکه «و لأنه و إن کان منجزا فی الصوره إلا أنه معلق و التقدیر إن مات مورثی فقد بعتک» یکی از شرایط صحت معاملات این است که معلق نباشد و این باطناً معلق است به این صورت که اگر مورث من مرده بود، من این را به تو فروختم و این کأنّ یک تعلیق مضر به صحت است.

ص: ۷۴۴

۱- نهایه الإحکام، علامه حلی، ج ۲، ص ۴۷۷.

اشکال سوم:

اشکال سوم اینکه «و لأنه کالعابث عند مباشره العقد» عاقد وقتی می خواهد عقد کند کأنّ می خواهد کار عبثی انجام دهد به خاطر این که مال را از خودش نمی داند مع ذلک چنین عقدی انجام می دهد و ظاهرش هم این است که نمی خواهد بعداً برود از پدرش اجازه بگیرد و این یک نحوه مسخره کردن و عبث قرار دادن عقد است.

وقوع یک خلاف ظاهر در کلام مرحوم شیخ

اشکال اول تنها مال فخر المحققین است و دو اشکال اخیر مال علامه حلی است که فخرالمحققین عین عبارات علامه را ذکر کرده و اشکال اول را به آن اضافه کرده است. تعبیر مرحوم شیخ در اینجا خالی از مسامحه نیست؛ اگر این گونه بود که بعضی از این وجوهات مال علامه و بعضی مال فخر المحققین، و مرحوم شیخ می گفت این وجوه به مجموعه از دو نفر است این خلاف ظاهر نبود ولی بگوید هر سه را فخر المحققین گفته در حالی که از سه وجه ذکر شده دو وجه را علامه گفته باشد این خلاف ظاهر است.

جواب مرحوم شیخ به اشکال اول

مرحوم شیخ می فرمایند: قبلاً در بحثهای فضولی که مال دیگری را از طرف خودش فروخته، گفتیم که درست است که در معاوضات قصد لازم است ولی در جایی که مال دیگری را از طرف خودش می فروشد آنجا هم قصد معاوضه هست، یک قصد اولی دارد که از طرف مالک عقد را انجام دهد و یک بناگذاری منضمّ به این قصد اولی هست که می گوید من مالک هستم و همان قصد اولی که از طرف مالک می شود این مصحح عقد است؛ منتهی یکی از شرایط دیگر عقد عبارت از طیب نفس مالک است باید مالک باشد راضی هم باشد و این شخص به عنوان اینکه از ملک خودش بخواهد یک چیزی را خارج کند، حین العقد، طیب نفس نداشته است و این اشکال اساسی عقود فضولی است که آیا در عقد فضولی آن طیب نفسی که بعداً برای مالک اصلی ایجاد می شود، عقد را تصحیح می کند یا نه؟ و بنابر اینکه در فضولی آن طیب نفسی که بعدا ایجاد می شود عقد را تصحیح می کند در اینجا هم هیچ مشکلی نیست. و اما اگر قائل به بطلان فضولی شدیم و گفتیم که طیب نفسی که بعدا ایجاد می شود عقد را تصحیح نمی کند در اینجا هم اشکال از ناحیه طیب نفس است نه از ناحیه قصد.

جواب مرحوم شیخ به اشکال دوم

اوّلاً: که اشکال اول با اشکال دوم تنافی دارد. اول این است که «یبیع عن المالک»، دوم این است که «یبیع عن نفسه معلقاً» و اینها دو چیز متضاد است.

ایراد به مرحوم شیخ: بعید است این چیزی که بدیهی است و احتیاج به استدلال ندارد را فخر المحققین گفته باشد، علامه هم ندارد. بعید نیست که یا «واو» در اینجا به معنای «أو» است یا اینکه الفش افتاده، و در اصل «أو» بوده که این نوع از سقط خیلی رایج است. و می خواهد بگوید این از دو حال خارج نیست یا اینکه مال پدر را از طرف پدر می خواهد بفروشد و بعد می خواهد این برای خودش واقع شود که این درست نیست چون مال دیگری را از طرف دیگری فروخته است و قصد مال خودش را نکرده است. و یا اینکه می خواهد برای خودش باشد که مشکل تعلیق پیش می آید زیرا ظنّ دارد که مال پدر است.

ثانیا: اینجا تعلیق نیست چون با اعتقاد به اینکه مال دیگری است مع ذلک می خواهد این مال را بخورد و عقد منجز است؛ نمی خواهد این طوری حساب کند که اگر مال من شده من معامله کردم. خارجاً کسی که به ظنّ حیات این کار را می کند کأنّ با اینکه مال پدر است یک نحوه ولایتی برای خودش قائل است و می داند این کارش یک نوع خلاف است؛ مثل عمل غاصبین که غاصب با عقیده به اینکه ملک دیگری است به صورت منجز معامله انجام می دهد. و اینجا این طور نیست که ثبوتاً هم خلاف نباشد که «إن مات مورثی بعتک» این اصلاً هیچ خلافی نکرده باشد وجداناً کسی که ظنّ دارد پدرش زنده است با این حال معامله می کند این می خواهد تجری کند؛ و اگر شما بگوئید اینجا تعلیق است که تجری نیست (اگر مال من باشد من دادم به تو). خلاصه این وجه تعلیق بر خلاف ظاهر است.

ص: ۷۴۶

پرسش: اینجا صورت مسئله جایی هست که از جانب پدر بفروشد؟ پاسخ: از وجه دوم که گفت برگشت به تعلیق می کند می گوید از این استظهار می شود که اینها خواستند بگویند برای خودش می فروشد البته بحثی که اول عنوان شده برای این است که برای مالک اصلی می فروشد ولی می گوید اینکه به عنوان عقد تعلیقی هست یعنی می خواهد برای خودش بفروشد. و مرحوم شیخ می گوید این که به صورت معلق برای خودش بخواهد بفروشد این خلاف ظاهر است اگر قرار است برای خودش بفروشد منجزاً می فروشد نه معلقاً تا اشکال تعلیق پیش نیاید.

البته مرحوم شیخ در موارد دیگر در جایی که اگر مال من شد فروختم، که صحت عقد متوقف بر ملکیت و امثال آن است ایشان این گونه تعلیق ها را اشکال نمی کند حالا ثبوتاً اینجا تعلیق هست یا نه؟ آن بحث دیگر است. کبرای قضیه که اگر تعلیق باشد باطل می شود ایشان می فرمایند مدرکش اجماع است و اجماعی ثابت نیست حالا علامه و فخر المحققین شاید مدعی اجماع بوده اند و اشکال کرده اند.

شاید قدماء مطلق تعلیق و این طور تعلیقات را هم اشکال می کردند ولی مرحوم شیخ می گوید برای ما اجماع ثابت نیست. دیگر شیخ اینجا به این مسأله نپرداخته که خود این مسئله خیلی صاف نیست خواسته اشکال های دیگر را مطرح کند.

عبارت مرحوم شیخ این گونه است « و أمّا ما ذکر: من أنّه فی معنی التعلیق ففیه مع مخالفته لمقتضی الدلیل الأوّل، کما لا یخفی: منع کونه فی معنی التعلیق لأنه إذا فرض أنه یبیع مال أبیه لنفسه کما هو ظاهر هذا الدلیل» همین تعلیقی که اینجا در نظر خود علامه و فخر المحققین هست «فهو إنما یبیعه مع وصف کونه لأبیه فی علمه» این واقعش این است که با اینکه معتقد است مال اب می شود معامله می کند «فبیعه کبیع الغاصب مبنی علی دعوی السلطنه و الاستقلال علی المال لا ـ علی تعلیق» الان خودش را مستقل فرض می کند و اینطور نیست که بگوید من استقلال ندارم ولی اگر استقلال پیدا کردم من به تو فروختم «لا علی تعلیق للنقل بکونه منتقلا إلیه بالإرث عن مورثه لأن ذلک لا یجامع مع ظن الحیاه» که منجز این طوری بگوید.

«اللهم إلا أن يراد»: اینکه گفتیم اینجا تعلیق نیست و منجز است باید گفت که آنکه منجز است قصد صوری است والّا قصد نقل و انتقال واقعی از مالک، معلق است و واقع به نحو تنجیز نیست. بله قصد صوری این است که خودش را مثل غاصب مسلط و مستقل می داند و تعلیق در کار نیست اما اینکه اشکال کردند گفتند این تعلیق دارد یعنی واقع قضیه معلق است. این شخص قصد نقل و انتقال واقعی را ندارد قصد نقل و انتقال صوری و انشائی را دارد و تنجیز در کار نیست. پس اشکال تعلیق جواب داده نشد.

بعد مرحوم شیخ می فرمایند البته به نظر ما همان قصد صوری کفایت می کند. و نقل و انتقال واقعی لازم نیست. قبلا هم از روایات و بنای عقلاء استفاده کردیم همین معنای صوری انشائی، با اذن و طیب نفس و اجازه موجب ترتیب اثر می شود بنابراین اشکال تعلیق وارد نیست.

جواب مرحوم شیخ از اشکال سوم

از جواب قبلی این مسئله عبث بودن هم جواب داده می شود که این مثل بقیه کارهای لغو که اشخاص با لقلقه زبان انجام می دهند نیست؛ خود همین انشائی که به تعبیر اینها یک عقد صوری است قابل تصحیح هست یا بالاجازه یا به نقل خارجی خودبه خود. و لغو در جایی است که انسان یک کار لغوی انجام دهد که به هیچ نحوی با اجازه و امثال آن تصحیح نشود. پس این اشکال هم وارد نیست.

أن يبيع عن المالک ثمّ ينكشف كونه مالكاً ۹۴/۰۱/۲۹

ص: ۷۴۸

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: أن يبيع عن المالك ثمّ ينكشف كونه مالكاً

«الثالثه: أن يبيع عن المالك ثمّ ينكشف كونه مالكاً و قد مثل له الأكثر بما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا». (۱) بحث اول این بود که آیا باطل محض است که با اجازه و امثال آن قابل تصحیح نباشد؟ این بحثش گذشت که نه بطلان محض ندارد. بحث امروز این است حالاـ که بطلاـن محض نیست آیا احتیاج به اجازه دارد؟ سه موضوع در اینجا مورد بحث است یکی احتمال بطلاـن، یکی احتمال صحت و لزوم، و یکی احتمال صحت و وقوف به اجازه. حالا بحث این است که آیا احتیاج به اجازه دارد یا نه؟ ایشان می فرمایند که ظاهر کلمات عده ای از بزرگان این است که صحت فعلیه دارد و احتیاج به اجازه ندارد «ظاهر المحكمى عن غير واحد» در حایشه می گوید از شهید اول و غیر شهید اول این نظریه نقل شده است «لزوم العقد و عدم الحاجه إلى إجازه مستأنفه».

دو دلیل برای صحت و لزوم

دوتا دلیل برای این مطلب، مرحوم شیخ نقل می کند:

دلیل اول: عبارت از این است رضایت خود شخص معتبر است قهراً بخواهد معامله دیگری تصحیح شود باید اجازه و رضایت مالک وجود خارجی پیدا کند که احتیاج به اجازه دارد. ولی عملی را که خود شخص انجام داده این دیگر معنا ندارد که انسان کار خودش را اجازه کند هر عملی که صادر می شود، عن رضا صادر می شود، عمل فاعل مختار وقتی که مکره نباشد، صادر شده عن ارادهٍ و عن رضیً،دیگر احتیاجی ندارد که عمل خودش را تنفیذ کند و همان وقتی که فعل صادر شده بود وقتی بود که خود شخص مالک بوده و آن عمل را با رضایت انجام داده است. این چه معنی دارد که شرط کنیم باید اجازه کند؟

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۶۰.

دلیل دوم: امر این معامله بین دو شیء مردد است: یا باید ما این را رأساً باطل بدانیم و یا باید صحیح بدانیم و لازم. حدّ وسط که صحیح باشد و موقوف، این درست نیست چون فرض این است که قصد کرده آن که به حمل شایع ملک خودش است را بفروشد منتهی نمی داند آیا ملک خودش است یا نه؟ اگر قصد معتبر در باب بیع، اعم باشد و شامل شود هم موردی را که به عنوان اولی یک چیزی که ملکش است و می داند ملکش است و به این عنوان هم بفروشد. و هم شامل شود آن موردی را که در واقع و به حمل شایع ملک خودش است ولی این را نمی داند و آن را می فروشد. که اگر بگوییم قصد معتبر در باب بیع، شامل این صورت هم می شود در اینجا این شیء، مقصود بوده است و به چیز دیگری احتیاج ندارد. و اگر بگوییم شامل این صورت دوم نمی شود باید باطل باشد برای اینکه قصد یکی از شرایط صحت بیع است پس اگر ما در مرحله اول صحت شأنی

را قبول کردیم و باطل محض ندانستیم باید صحت فعلیه و لزوم را هم قائل شویم. این دو تقریب است برای کلام شهید و دیگران.

موقوف بودن مسأله به اجازه و وجه محقق ثانی

مرحوم شیخ می فرماید: حق این است که احتیاج به اجازه دارد همان طور که محقق ثانی (۱) و شهید ثانی (۲) فرموده اند اما نه به خاطر وجهی که محقق ثانی بیان کرده و خودش هم ردّ کرده است. وجه ایشان برای احتیاج به اجازه این است که این شخص معامله ی مشروط به اجازه را قصد می کند چون یک مرتبه می داند خودش مالک است، آن وقت قصد که می خواهد بکند، ملک خودش را که بالفعل مالک است او را قصد می کند. اما این شخص که نمی داند ملک خودش است و خیال می کند ملک پدر است پس این شخص، نقل وانتقال مع الاجازه را قصد کرده و ما می خواهیم بدون اجازه ی مالک واقعی،غیر مقصود واقع شود ولی چون قصدش این نیست که بدون قید و شرط بالفعل مالک شود، قهراً همین طوری واقع نمی شود با شرط واقع می شود و شرطش اجازه مالک است و خود شخص باید اجازه دهد.

ص: ۷۵۰

۱- جامع المقاصد فی شرح القواعد، محقق کرکی، ج ۴، ص ۷۶.
۲- مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، شهید ثانی، ج ۶، ص ۵۱.

ایراد خود محقق ثانی به این وجه

ایرادی که خود محقق ثانی به این وجه گرفته و مرحوم شیخ هم پذیرفته این است که: قصدی که معتبر است در باب معاوضات قصد اصل بیع است و بیشتر از آن معتبر نیست یعنی قصد اوصاف و احکام بیع لازم نیست. اینجا هم که قصد اصل بیع را داشته است.

بعد مرحوم شیخ می فرمایند این مطلب محقق ثانی که خودش جواب داده، مطلب درستی است منتهی توضیح می دهد که: قصدی که در باب معاوضات معتبر است، این است که باید مدلول کلامی که شخص انشاء می کند مورد قصد شخص باشد اما احکامی که مترتب به آن مدلول است شرعاً یا عرفاً، آن احکام را لازم نیست بداند. شخصی که بیع می کند لازم نیست مسائل بیع را هم بداند اگر قصد اصل بیع را کرد و مسائل مطابق با واقع در آمد، عملش واجد شرایط واقعی بود ولو خودش نمی دانست که شرایط چه چیزهایی هست همین مقدار کفایت می کند.

دو صورت در اینجا است که هر دو کفایت می کند یک صورت این است که حکم مسئله را نمی دانسته و قصد توصل به آن حکم را نکرده است و صورت دوم اینکه قصد خلاف کرده است، اشتباه کرده روی جهل مرکب، حکم را طور دیگر خیال کرده بود آن وقت به قصد توصل به آن حکم عوضی، قصد بیع را کرده است در این صورت هم بیع، صحیح واقع می شود و مطابق همان حکم شرع در واقع، اثرش بار می شود و کار به آن تخیل و اعتقاد این شخص ندارد؛ آنکه معیار هست این است که خود مدلول را قصد کرده باشد.

ص: ۷۵۱

تعبیر جامع المقاصد این است «أنه لم یقصد إلی البیع الناقل للملک الآن بل مع إجازه المالک» این «مع إجازه المالک» یا منظور «بعد إجازه المالک» است یا عبارت از این است که مع إجازه المالک ولو متعقب باشد که با هر دو مبنای کشف و نقل می سازد.

پرسش: «الان» در عبارت جامع المقاصد به چه معنا است؟ پاسخ: یعنی الان نقل شود بدون احتیاج به اجازه.

مرحوم شیخ می فرماید: اگر ما قائل به کشف باشیم و بگوییم که الان قصد نکرده است این درست نیست زیرا الان قصد کرده است. و آن قائل به نقل است که الان قصد نکرده است و مقصودش تحقق ما بعد است ولی بنابر کشف می گوید قصد کرده تحقق در الان را و الان هم محقق شده است و اگر بخواهد بگوید قصد کند برای بعد را، بنابر مبنای کشف خالی از اشکال نیست. پس اینکه محقق فرمود «لم یقصد إلی البیع الناقل للملک الآن بل مع إجازه المالک» و اشکال کرده که آن وقت، قصد حالا را نکرده بنابراین احتیاج دارد به اجازه و امثال اینها، این را ایشان می گوید صغرویاً این ممنوع است زیرا بنابر کشف قصد کرده برای شیئی که الان حاصل است بله بنابر نقل قصد نکرده الان را، ولی قصد نکردن و حتی قصد خلاف، مضر نیست؛ فقط اشکال کبروی دارد. اما بنابر کشف این حرف هم اشکال صغروی دارد و اشکال کبروی. اشکال صغروی این است که بگویید قصد نکرده الان را، در صورتی که قصد کرده است الان را. اشکال کبروی هم اینکه در انشائاتش غیر از مدلول چیز دیگری در قصد معتبر نیست، احکام دیگر لازم نیست مقصود باشد آن وقت ایشان می فرمایند بنابر کشف قصد کرده الان را، بلکه اگر بخواهد برای آتیه قصد کند این حرف خالی از اشکال نیست.

این تقریبی است که مرحوم شیخ برای کلام محقق ثانی بیان می کند و قبول می کند. می گوید از آن بابت ما نمی گوییم احتیاج به اجازه دارد ولی از جهت دیگری است که بعد ذکر می کنیم.

اشکال استاد به تقریب محقق ثانی

گویا مرحوم شیخ صغری را قبول کرده که اگر کسی قائل به نقل شد این اشکال وارد است اما ممکن است شخص همین صغرویا هم منکر شود زیرا فرض کنید شرط است که انسان احکام شرع را بلد باشد تا آثار شرعی مترتب شود و بالذات و خودبخود بار نمی شود، در این صورت ممکن است، شخص در مسئله ای که این حکم شرعی را دارد، الان حکم شرعی را بداند.

مرحوم شیخ تعبیرش این است که بیع با اجازه را قصد کرده بوده است نه بی اجازه را. ما به غیر صورت کشف هم ممکن است بگوییم که شخص قصد کرده که من این عمل را انجام می دهم به نحوی که شرعاً جایز است حالا شرع هر طور می خواهد بگوید این دیگر تخلف پیدا نمی کند؛ اگر شرع می گوید این بدون اجازه حاصل می شود این هم قصد کرده همان را که شرع می خواهد بگوید و قبلاً باید ثابت شود احتیاج به اجازه دارد یا نه؟ با این بیان نمی توان گفت که« احتیاج به اجازه دارد چون خودش مقصودش با اجازه است» نه مقصودش با اجازه نیست مقصودش این است که هر چه شرع گفته است. اگر خود این شخص معتقد این است که اگر در این طور موارد که انکشف که مال خودش است احتیاج به اجازه ندارد چرا بگوییم این قصد کرده که با اجازه باشد؟ آن که شرع حکم می کند همان حکم شرعی را قصد کرده، قصد خلافی نکرده است. پس این درست نیست که از نظر صغرویاً که بگوییم چون قصدش با اجازه است باید با اجازه واقع شود این را باید قبلاً ببینیم که شرع چه می گوید خود این نمی تواند این طوری تحریر شود خلاصه از این ناحیه هم می شود ما جواب بدهیم که این مطلب تمام نیست.

پرسش: در مواردی که غاصب هستند اینها چطوری قصد می کنند؟ قصد می کنند با اجازه شرعی معامله واقع می شود؟ این دلیل اخص از مدعاست انشاء شخص حتماً این نیست که هرچه شرع بگوید اصلاً طرف مقید به شرع نیست می خواهد بفروشد؟ پاسخ: به هر حال اگر آن هم باشد باید تفصیل قائل شد.

پاسخ شیخ به دو اشکالی که بر قول به صحت موقوف وارد شده است

خلاصه ایشان دوتا اشکال قبلاً تقریب کرده بود یکی عبارت از این بود که اجازه به عمل خود شخص چه معنی دارد؟ این را شیخ مستقیماً جواب نداده است ولی از لابلای حرف جواب آن فهمیده می شود. یکی هم عبارت از این بود که مقتضای قصد عبارت از این است که یا قصد کافی است احتیاج به اجازه ندارد یا کافی نیست باطل است. مرحوم شیخ می فرمایند بر اینکه نه قصد کافی است ولی احتیاج به اجازه هم دارد چون تنها قصد شرط صحت عقد نیست رضایت مالک حقیقی هم شرط است؛ در اینجا بایع که انشاء معامله کرده قصد معاملی داشته ولی به عنوان اینکه ملک خودش است این را قصد نکرده است. قصد به حمل شایع یک چیزی که ملک خودش است برای تحقق قصد کافی است ولی برای تحقق صحت فعلی کافی نیست چون در بیع علاوه بر قصد، رضایت هم معتبر است و رضایت به این عنوان که ملک خودش است به حمل شایع و نقل و انتقال آن را راضی است این کفایت نمی کند. باید متوجه باشد ملک خودش است و با اینکه ملک خودش است راضی باشد که ملکش به دیگری منتقل شود. ولی در اینجا مبیع را به خیال اینکه ملک زید است می فروشد و اگر بفهمد ملک خودش است حاضر نیست بفروشد در حالی که به حمل اولی باید نقل ملک خودش را به دیگری راضی باشد. بنابراین باید گفت احتیاج به اجازه دارد

اما اشکال اول که در آن تعبیر می کرد که چه معنی دارد شخص عمل خودش را اجازه دهد؟! در جواب می گوید درست است که عمل خودش، عن رضایهٍ و عن ارادهٍ صادر شده ولی رضایت و اراده به عنوان اینکه مالک است صادر نشده است. لازمه ی فعل اختیاری این است که عن رضایهٍ صادر شده اما فعل اختیاری اقتضاء نمی کند آن عنوانی که منطبق است بر آن، آنرا هم بداند ممکن است بداند ممکن است نداند. و در اینجا باید به این عنوان که ملکش است راضی باشد و چون آن وقت رضایتی نبوده بعداً باید آن عمل خودش را امضاء کند پس بنابراین هر دو اشکال جواب داده می شود.

توضیح عبارت مرحوم شیخ و وقوع لف و نشر مشوش

ایشان دارد که «و أما ما ذکرناه من أن قصد نقل ملک نفسه إن حصل أغنی عن الإجازه و إلا فسد العقد» که ایشان می فرمایند که فاسد نیست چون قصد حاصل شده ولی یک شرط دیگرش حاصل نشده «ففیه أنه یکفی فی تحقق صوره العقد القابله للحوق الزوم القصدُ إلی نقل المال المعین » برای صلاحیت صحت شأنی که قابلیت داشته باشد که با اجازه تصحیح شود این مقدار قصد کافی است. لازم نیست به حمل اولی هم قصد نقل ملک خودش را داشته باشد، به حمل شایع هم کافی است « و قصد کونه مال نفسه أو مال غیره مع خطائه فی قصده أو صوابه فی الواقع لا یقدح و لا ینفع» لف و نشر مشوشی در این عبارت واقع شده است.

این شخصـی که ظنّ دارد ملك پـدرش است دو جور می توانـد قصـد کنـد یک مرتبه فضولتاً برای خودش می فروشـد و یک مرتبه فضولتاً برای پـدر می فروشـد. ایشان می فرمایند «قصد کونه مال نفسه أو مال غیره مع خطائه فی قصده أو صوابه» آن مال غیره که دوم است این است که قصـد کرده مال پدر را می فروشم و در واقع در این قصدش خطا کرده است یا قصد کرده مال خود را می فروشـد که در این قصدش در واقع صوابی مرتکب شده است. این عبارت لف و نشـر مشوش است. بعد می فرماید این قصـد نه باطل محض است که قادح باشـد اصـلاً فایـده ای نداشـته باشد به نحوی که دیگر با اجازه هم تصـحیح نشود و نه کافی است که ینفع عن الاجازه که احتیاج به اجازه هم نداشـته باشـد. خلاصه ایشان می گویـد که قصد اصل بیع برای صـحت شأنی کافی است و برای صـحت فعلی احتیاج به اجازه دارد. بعـد راجع به اجازه توضـیح می دهـد «و أما أدله اعتبار التراضـی و طیب النفس فهی داله» ادله اعتبـار قصـد اعم است ایشان می گویـد آن اینجا حاصل است اما ما ادله ای داریم برای اعتبار رضـا که حمـل شایع را کافی نمی دانـد، اعم نیست «و أما أدله اعتبار التراضـی و طیب النفس فهی داله علی اعتبار رضا المالك بنقل خصوص مـاله بعنوان أنه ماله لا بنقل مال معین یتفق کونه ملکا له فی الواقع» حمل شایع در باب رضا کفایت نمی کنـد با توجه به اینکه ملکش است باید این را رضایت داشـته باشد «فإن حکم طیب النفس و الرضا لا یترتب علی ذلك فلو أذن فی التصرف فی مال معتقـدا أنه لغیره» اگر سوال شود از او که اجازه هست ما در این تصـرف کنیم؟ فکر می کنـد که مال دیگری است می گویـد مانعی نیست. اما مال خودش را حاضـر نیست اجازه بدهـد ولی بعـد معلوم شـده مال خودش است اینجا نمی توان گفت چون به حمـل شـایع مال خودش است این هم که اجازه داده پس کافی است. «فلو أذن فی التصـرف فی مال یعتقـد أنه لغیره و المأذون یعلم أنه له» او می دانـد که او اشـتباه کرده الان اجازه می دهـد «لم یجز له التصـرف بذلك الإذن و لو فرضـنا أنه أعتق عبـدا عن غیره فبان أنه له لم ینعتق » عبدی را به قصد اینکه مال دیگری است عتق می کند بعد معلوم شد مال خودش است این عتقش واقع نشـده است زیرا حاضـر نیست عبـد خودش را آزاد کند «و کذا لو طلق امرأه وکاله عن غیره» یک زنی را خیال می کنـد این همان زن زیـد است که وکالت دارد از طرف زیـد او را طلاق دهـد و او را طلاق می دهد بعد معلوم می شود که زن خودش بوده است این طلاـق واقع نمی شود زیرا بایـد به عنوان اینکه زن خودش است راضـی باشـد و طلاـق دهـد و «هـذه» و مشارإلیهـا بودن کفـایت نمی کنـد «و کـذا لو طلق امرأه وکـاله عن غیره فبـانت زوجته». در مورد بحث مـا صـحیح است منتهی موقوف ولی در مسئله طلاـق و عتق اصـلاً باطـل است به خاطر اینکه صـحت فعلیه نمی توانـد داشـته باشـد چون صـحت فعلیه شرطش این است که به عنوان اینکه زن خودش است طلاـق دهـد و به عنوان اینکه عبـد خودش است عتق کنـد صـحت شـأنیه نـدارد که بـا اجازه درست شود چون عقود با اجازه تصـحیح می شود ولی ایقاعات دعوای اجماع است که تصـحیح نمی شود. طلاـق و عتق هم از ایقاعـات است پس آن اصـلاً باطـل است. «لأـن القصـد المقـارن» چون در ایقاعـات شـرطش این است که رضایت مقارن بایـد داشـته باشـد و رضایت متأخر فایده ندارد «لأن القصد المقارن إلی طلاق زوجته و عتق مملوکه معتبر فیهما فلا تنفع الإجازه».

الثالثه: أن يبيع عن المالک ثمّ ينكشف كونه مالكاً – الرابعه: أن يبيع لنفسه باعتقاد أنّه لغيره فانكشف أنّه له ۹۴/۰۱/۳۰

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: (الثالثه: أن يبيع عن المالك ثمّ ينكشف كونه مالكاً - الرابعه: أن يبيع لنفسه باعتقاد أنّه لغيره فانكشف أنّه له)

الثالثه: أن يبيع عن المالك ثمّ ينكشف كونه مالكاً

«و لو غرّه الغاصب فقال: «هذا عبدى أعتقه عنك» فأعتقه عن نفسه، فبان كونه له، فالأقوى أيضاً عدم النفوذ». (۱)

غاصب آمد به طرف گفت این عبد من است، تو از طرف خودت او را آزاد کن این هم از طرف خودش آزاد کرد و واقعاً هم عبد ملك خود معتق بوده و آن غاصب ادعاء می کرده که مال من است این چنین عتقی محکوم به بطلان است. در حواشی شهید اول، در تحریر علامه حلی ،در جامع المقاصد (۲) به این مطلب تصریح شده است.

اشکال تناقض: بعضی اشکال کرده اند که حکم به بطلان عتق با حکم به صحت و موقوف بودن بیع در مساله الثالثه متناقض است.

دفع اشکال تناقض: مرحوم شیخ می فرمایند تناقض ما بین اینها نیست چون صحت شأنیه در باب بیع درست است و آن رضایتی که شرط است اگر بعدا بیاید کفایت می کند و بیع صحیح است و موقوف. ولی در باب عتق صحت شأنیه درست نیست و رضایتی که شرط است باید همان موقع باشد و رضایت متأخر کفایت نمی کند چون در باب ایقاعات دعوای اجماع شده که فضولی جایز نیست عتق و طلاق هم از ایقاعات هستند لذا در همان وقت طلاق و عتق مالك و زوج باید راضی باشند.

ص: ۷۵۷

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۶۴.
۲- جامع المقاصد فی شرح القواعد، محقق کرکی، ج ۶، ص ۲۳۲.

تناقض بین قائل شدن به صحت فعلی در این مسأله و بطلان در ایقاعات

بعد می فرمایند: تناقض در کلام کسانی است که در مسئله ما نحن فیه - که یك شخصی مالی را که مال خودش بوده اما نمی دانسته که مال خودش است آمده فضولتا به دیگری فروخته و بعد کشف شده که مال خودش بوده – حکم به صحت فعلی و عدم موقوف بودن کرده اند ولی در باب عتق و طلاق - که شخص نمی دانسته زن یا عبد خودش است و او را طلاق داد یا آزاد کرد - حکم به بطلان کرده اند.

علت تناقض این است که شخص که دارد عیال خودش را طلاق می دهد در حالی که ثبوتاً و واقعاً عیالش است یا عبدی که دارد آزادش می کند و واقعاً عبدش است اگر همین اذن فعلی و رضایت به حمل شایع (که جاهل است به اینکه مال خودش

است) کـافی است و رضایت به حمل اولی شـرط نیست پس چرا حکم به بطلان عتق و طلاق کردیـد؟ در این عتق و طلاق هم بایـد قائل به صـحت شوید. و اگر بگویید در باب ایقاعات حکم به بطلان می کنیم برای اینکه در ایقاعات تصور نمی شود که شیء موقـوف باشـد، بالفعـل بـودن هم که بر خلاـف ادله رضـاست روی این جهت حکم به بطلاـن می کنیم؛ اگر یـک چنین چیزی هست که حرف درستی هم هست پس چرا در بـاب بیع که امکـان موقوف بودن وجود دارد می گوییـد احتیاج به اجازه نـدارد باب بیع را موقوف فرض کنید و بگویید مقتضای ادله ی رضا عبارت از این است که تا به عنوانه مورد توجه قرار نگرفته باشـد کفایت نکنـد در نتیجه احتیاج به اجازه دارد. پس اگر قرار است باب بیع را بـدون اجازه صـحیح بدانیم باید باب طلاق و عتق را هم بدون اجازه صـحیح بدانیم. (اگر صـرف رضایت به حمل شایع بدون توقف بر اجازه کفایت می کند باید در هر دو باب بیع و عتق کفایت کند و در هر دو صحیح باشد و اگر کفایت نمی کند باید در هر دو کفایت نکند و باطل باشد.)

ص: ۷۵۸

خلاصه همان طوری که مرحوم شیخ می فرمایند تناقض درست است و تا اینجا حرفی نیست.

بعد می فرمایند: این که ما می گوئیم در باب بیع، انشائی که واقع می شود انشاء غیر لازم است و لزومش بعد می آید، این غیر از مسئله خیاری بودن است ایشان می فرمایند ما این مطلبی را که در این مورد بحث می گوییم، لزوم ندارد و موقوف است نه اینکه خیاری است زیرا در خیاری فعلیت هم پیدا کرده طرف مالک شده منتهی بقاءً حق از بین بردن و حق فسخ دارد. ولی در عقد موقوف، حدوث شیء متوقف بر من له الاجازه است از ناحیه حدوث متزلزل است نه اینکه از ناحیه بقاء متزلزل باشد در صورتی که در خیاری از نظر حدوث تزلزلی ندارد از نظر بقاء تزلزل دارد. و از این مطلبی که ذکر کردیم معلوم شد رضایت شرط برای اصل الحدوث است بنابراین تزلزل نسبت به خود حدوث است و موقوف هست و لزوم نیست و خیاری نیست.

بر خلاف بعض من قارب عصرنا که گفته این خیاری است و بعضی از مَن عاصرناه هم تبعیت کرده است. (1) اصطلاحات، گاهی خیلی روشن نیست اینها می گویند «من قارب عصرنا» عبارت از مرحوم شیخ اسدالله شوشتری است مرحوم شیخ اسدالله شوشتری طبق قول صحیح در ۱۲۳۴ قمری فوت کرده است مرحوم حاج شیخ عباس که ۱۲۲۰ نوشته، اشتباه است؛ اگر سخن مرحوم حاج شیخ عباس درست بود من قارب عصرنا خیلی روشن بود. مرحوم شیخ انصاری در ۱۲۱۴ متولد شده و در موقع فوت مرحوم شیخ اسدالله شش ساله بوده است ولی چون قول صحیح ۱۲۳۴ است «من قارب عصرنا» خیلی روشن نیست چون موقعی که مرحوم شیخ اسدالله فوت کرده مرحوم شیخ انصاری بیست ساله بوده است . صاحب جواهر را که پانزده سال قبل از مرحوم شیخ وفات کرده من عاصرناه تعبیر کرده است یعنی ادرکنا عصره حالا معلوم نیست همه مصطلحشان تطبیق کند، و ممکن است بیست ساله را«من عاصرناه» یا «ما ادرکنا عصره» تعبیر کنند این تعبیر متعارف است چون شخص بیست ساله برای خودش یک رجلی است.

ص: ۷۵۹

۱- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، شیخ محمد حسن نجفی جواهری، ج ۲۲، ص ۳۰۰.

بعد مرحوم شیخ می فرمایند خیاری بودن درست نیست بلکه موقوف است و اجازه هم شرط است، و به لاضرر تمسک کرده است که بحث اش بماند برای فردا.

الرابعه: أن یبیع لنفسه باعتقاد أنّه لغیره فانکشف أنّه له

«و الأقوی هنا أیضاً الصحّه و لو علی القول ببطلان الفضولی و الوقوف علی الإجازه؛ بمثل ما مرّ فی الثالثه، و فی عدم الوقوف هنا وجه لا یجری فی الثالثه؛ و لذا قوّی اللزوم هنا بعض من قال بالخیار فی الثالثه». (۱)

مرحوم شیخ می فرماید: این قسم هم صحیح است و اقوی این است که مثل قسم سوم احتیاج به اجازه دارد. ملک خودش را به قصد خودش می فروشد ولی به اعتقاد اینکه ملک پدر است و فضولی است.

«و الأقوی هنا أیضاً الصحّه» همان طوری که در قسم سوم صحت قائل شدیم اینجا هم اقوی صحه هست «و لو علی القول ببطلان الفضولی» حتی اگر ما فضولی را هم باطل بدانیم. یکی از ادله ی بطلان فضولی همین ادله ناهیه هست مثل «لا تبع ما لیس عندک»، «لا بیع الا فی ملک» که ممکن است طبق این ادله ما در فضولی قائل به صحت شأنیه نشویم و بگوییم با اجازه تصحیح نمی شود ولی آن ادله ناهیه شامل این مورد بحث ما نیست لذا ممکن است ما قائل به بطلان فضولی شویم ولی اینجا را موقوف بدانیم که مرحوم شیخ می فرمایند به نظر ما اقوی موقوف بودن است بعد می فرمایند «و فی عدم الوقوف هنا وجه لا یجری فی الثالثه و لذا قوّی اللزوم هنا بعض من قال بالخیار فی الثالثه» مثل صاحب جواهر اینها که خیاری قائل شدند اینجا گفته اند خیاری نیست.

ص: ۷۶۰

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۶۶.

می فرماید به نظر ما اقوی موقوف بودن بود ولی ممکن است کسی قسم سوم را موقوف بداند ولی این قسم را موقوف نداند و بگوید بدون اجازه هم ملکیت فعلیه حاصل می شود. با این بیان که گفته شود: شخص اگر راضی است روی آن چیزی که واقعاً ملک خودش است معاوضه ای انجام بگیرد و بگوییم همین مقدار در رضایت کفایت می کند و رضایت عنوانی را شرط ندانیم نتیجه این می شود که اگر بفروشد که ثمن داخل ملک خودش شود «یبیع لنفسه»،در این صورت در این مسئله می توان گفت که موقوف نیست، صحت فعلیه دارد و کافی است ولی در مسئله قبلی چون برای خودش نمی خواهد بخرد و برای دیگری این کار را انجام دهد، این باید بعداً توافق خودش را اعلام کند چون متعلق رضا یک چیزی است غیر از آن که می خواهد از خودش واقع شود. پس می شود در قسم سوم گفت که به رضایت متأخر احتیاج دارد و رضایت قبلی به درد نمی خورد ولی در این قسم چهارم رضایت قبلی به درد می خورد و کفایت می کند. این وجهی هست که بیان شده است ولی خود ایشان چون معتقدش این است که رضایت قبلی باید بعنوانه باشد، این وجه را کافی نمی داند.

القول فی المجاز ۹۴/۰۲/۰۱

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: القول فی المجاز

ادامه بحث مسأله چهارم:

اختلاف بین مرحوم شیخ با صاحب جواهر و شیخ اسدالله شوشتری

مرحوم شیخ در مسئله چهارم که « کسی خیال می کرده پدر زنده است و مال پدر را به عنوان فضولی برای خودش فروخته بعد معلوم شده که پدر فوت کرده و حین العقد خودش مالک بوده است» این را مرحوم شیخ فرمود صحت شأنی دارد و برای فعلی شدن متوقف بر اجازه است. (۱) مرحوم شیخ اسدالله شوشتری و صاحب جواهر هم بین اجازه و عدم اجازه فرق می گذارند. (۲) ولی کلام این دو بزرگوار با کلام مرحوم شیخ فرق دارد. مرحوم شیخ می فرماید: فعلیت حدوث نقل و انتقال متوقف به اجازه است و اگر اجازه نشد فقط شأنیت بوده نه فعلیت. ولی صاحب جواهر و مرحوم شیخ اسدالله شوشتری می گویند حدوثش فعلی است و متوقف به اجازه نیست ولی می تواند فسخ کند که بقاءً از بین برود یا توافق کند تا باقی بماند. در اصل حدوث، اجازه و عدم اجازه فرق نمی کند نسبت به بقاء بین صورت اجازه و عدم اجازه فرق است. دلیل آنها لا ضرر است شارع الزام نمی کند اشخاص را که از ناحیه شرع متضرر شوند حالا خودش یک ضرری اختیار کند مانعی نیست. و موقعی که شارع، شخص را به ضرر الزام نکند، شخص اختیار فسخ دارد و بقاءً می تواند فسخ کند.

ص: ۷۶۱

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۶۶.
۲- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، شیخ محمد حسن نجفی جواهری، ج ۲۲، ص ۳۰۰.

ولی مرحوم شیخ می فرمایند فعلیت حدوث متوقف به اجازه است چون آن چیزی که از بنای عقلاء و ظواهر روایات استفاده

می شود این است که مالک حقیقی باید به عنوان اینکه ملک خودش است به نقل و انتقال راضی باشد. و به عنوان اینکه به حمل شایع ملک خودش است راضی باشد ولی به عنوان أنه ملکش، راضی نباشد، این رضایت کفایت نمی کند. این مساله با مسأله خیارات فرق دارد در مسأله خیارات که شخص خیار دارد، به عنوان أنه مالکٌ راضی به نقل و انتقال است ولو روی اشتباهی که اطلاعی نداشته است مثلاً مبیع را از روی جهل ارزان می فروشد که اگر می دانست رضایت نداشت ولی حالا که نمی داند به عنوان أنه مالکٌ می گوید از ملک من این شیء خارج شود، به این قیمت راضی هستم پس نسبت به حدوث، شرط رضا که از بنای عقلاء و ادله استفاده شده بود در موارد خیاری مشکلی ندارد. و بعد که متوجه شد که اشتباه کرده و راضی شده، خیار دارد، شارع اگر تحمیل کند در واقع یک خسارت را به طرف تحمیل کرده و شارع یک چنین الزامی نمی کند. پس در موارد خیاری مشکل رضا نیست مشکل الزام به ضرر هست که با جعل خیار این مشکل رفع می شود و طرف آزاد است اگر خواست قبول می کند و ضرر را متحمل می شود و اگر نخواست رد می کند. بنابراین این مورد بحث ما را که اصلاً رضایت بعنوانه ندارد نباید قیاس کرد با یک جایی که بعنوانه رضایت داشته منتهی اشتباه کرده و آن اشتباه منشأ رضا شده که با رفع الزام، مشکل حل می شود.

ص: ۷۶۲

پرسش: اینکه باید به عنوان اینکه مالش هست طیب نفس داشته باشد، خیلی وقتها چیزهای دیگر هم در طیب نفس تأثیر دارد مثلاً مجانی دستش آمده یا اینکه در ازاءش پول داده بوده، اگر مجانی دستش رسیده باشد ممکن است راحت تر بفروشد. خلاصه در طیب نفس افراد ممکن است چیزهای دیگری هم دخالت داشته باشد آیا باید آنها را هم در نظر گرفت؟ پاسخ: هر جا که اشتباه منشأ شد که طیب نفس پیدا کند، معامله صحیح هست چون مشکلی ندارد.

پرسش: یعنی معامله فضولی است؟ پاسخ: نه هر جایی که بعنوانه راضی باشد صحیح است.

پرسش: بعنوانه چه خصوصیتی دارد؟ پاسخ: در بنای عقلاء فرق دارد در یکی واقعاً راضی است یک شیئی از ملکش خارج شود، و در آن یکی راضی نیست از ملک خودش خارج شود منتهی خیال می کرده ملک دیگری است لذا راضی به نقل و انتقال شده است. در مواردی که به حمل شایع راضی است این حاضر نیست از ملک خودش چیزی خارج شود. خلاصه هر جایی که شخص راضی باشد به عنوان اینکه ملک خودش است از ملکش خارج شود، محذوری در اصل فعلیت ندارد.

القول فی المجاز

«فاستقصاؤه یکون ببیان أُمور: الأوّل: یشترط فیه کونه جامعاً لجمیع الشروط المعتبره فی تأثیره عدا رضا المالک» (۱) مرحوم شیخ می فرمایند تمام آن شرایطی که در باب غیر فضولی باید رعایت شود، در باب فضولی هم باید رعایت شود منهای تقارن رضا که آن رضای متأخر بنابر فضولی کافی است. طرف اصیل و عاقد فضولی باید تمام آن شرایطی که شرع در باب بیع معتبر کرده را واجد باشند آنها مثل رضا نیستند که متأخرشان کفایت کند. لذا نمی توان گفت آن شرایط دیگر هم اگر موقع عقد نبودند و بعد حاصل شدند، کفایت می کند مثلا حین العقد جاهل به مبیع باشد ولی بعدا جهالت از بین برود، این کفایت نمی کند. باید حین العقد همه شرایط موجود باشد به استثنای مسئله رضا.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۶۷.

ایشـان عبارت هایی دارد که یک عبارت آن یک قـدری مندمـج است و مرحوم سـید (۱) و مرحوم شـهیدی و امثال اینها یک جورایی این عبـارت را معنا کرده انـد: «و أما القول فی المجاز فاسـتقصاؤه یکون ببیان أمور الأول یشترط فیه کونه جامعا لجمیع الشروط المعتبره فی تأثیره عدا رضا المالک» در تأثیر بیع در نقل و انتقال شرایطی شارع ذکر کرده که غیر از رضا باید همه آن شروط وجود داشته باشند «فلا یکفی اتصاف المتعاقدین بصحه الإنشاء» صرف اینکه متعاقدین انشائشان مشکل ندارد این کافی نیست مثلا عاقل و بالغ هستند - بنابر اینکه انشاء برای غیر بالغ صحیح نباشد - و هم چنین درست نیست که بگوییم همه شرایط نسـبت به اصـیل باید محفوظ باشد نه نسـبت به فضولی. بلکه فضولی هم مانند اصیل باید همان شرایط را واجد باشد. این کلمه ی «سـائر» خیلی وقتهـا در کلمـات گذشـتگان به معنـای جمیع است یعنی «جمیع الشـروط حتی الرضا» چون اصـیل رضایت هم دارد، آن فضولی نیست «و لاـ إحراز سـائر الشـروط بالنسـبه إلی الأصـیل فقـط علی الکشف للزومه علیه حینئـذ بل مطلقا لتوقف تأثیره الثابت و لو علی القول بالنقل علیها» این عبارت کمی مندمج است این تعلیل، علت برای چیست؟

دو معنا برای عبارت « للزومه علیه حینئذ »

معنای اول: «و لا إحراز سائر الشروط بالنسبه إلی الأصیل فقط» حالا «علی الکشف»اش بماند می گوید «للزومه علیه حینئذ» یعنی چرا بگوییم نسـبت به اصـیل فقط باید احراز شود، به خاطر اینکه لزوم ترتیب اثر به معامله، منحصر به اصیل است بنابراین احراز شروط هم منحصر به او است. بعد می فرماید: این احراز به درد نمی خورد و از ادله استفاده می شود که باید طرفین واجد تمام شرایـط باشـند. در معنـای اول «للزومه علیه» مرجـع ضـمیر «علیه» برگشت می کنـد به اصـیل. و «حینئـذٍ» یعنی حین الکون العقد فضولیاً.

ص: ۷۶۴

۱- حاشیه المکاسب، سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، ج ۱، ص ۱۷۰.

معنـای دوم: طبـق معنـای اول اگر«علی الکشـف» ذکر نشـده بود عیب نـداشت ولی ایشـان «علی الکشف» را که ذکر کرده می خواهـد بفرمایـد این ضـمیر «علیه» در جمله «للزومه علیه» به مالك برگشت می کند و قبلاً هم «رضا المالك» گفته بود. بگوییم بنـابر کشف از همـان موقع وقوع، عقـد بر مالـك لازم است. «حینئذٍ» یعنی موقعی که ما قائل به کشف شـدیم. این معنای دوم تقریبی است بر اینکه بگوییم در صورت کشف، کافی نیست که ما شـروط را فقط راجع به اصیل حساب کنیم باید فضولی هم شرایط را داشـته باشد. بعد می فرمایند بنابر کشف خیلی روشن است که عاقد فضولی باید همه شـرایط را داشـته باشد به خاطر اینکه در همان موقع عقـد، نقل و انتقال صورت می گیرد. بعد ترقی می کند و می فرماید بلکه مطلقا بنابر نقل هم ما می توانیم بگوییم که عاقـد فضولی بایـد شـرایط را داشـته باشد ولو اینکه بنابر نقل، موقع انشاء عقد، نقل و انتقالی در کار نیست و نقل و انتقال بعـد واقع می شود ولی در عین حال می گوییم فضولی همماننـد اصـیل باید تمام شـرایط معتبره را داشـته باشد. به خاطر اینکه بنابر نقل، معنایش این نیست که حین الاجازه، ابتداءً یک عقد دیگری واقع می شود که گفته شود بیع الان(حین الاجازه) واقع می شود و الان باید تمام شرایط موجود باشد و مهم نیست فضولی قبلا شرایط را نداشته است.

بلکه بنابر نقل هم، جزء السـبب همان عقـد قبلی است و در باب بیع، طرفین، بایـد حین العقـد در همان ابتـدا، غیر از رضا واجد تمام شـرایط معتبره در بیع باشند به خاطر اینکه جزءالسبب قبل از تمام اجزاء و در موقع تحققش باید صلاحیت صحت را داشته باشد تا بعد با رضایت تصـحیح شود فلذا اگر کسـی می خواهد ایجاب کند طرفش که می خواهد قبول کند اگر الان نمی داند مثمن چیست؟ مقـدار آن چقـدر است؟ ثمن چیست؟ ولی بعـداً برایش روشن می شود این کفایت نمی کند وموقع ایجاب باید قابل واجد شرایط باشد والّا اگر واجد شرایط نشد ایجاب هم قهراً باطل می شود چون ارتباطی است.

«فلا یکفی اتصاف المتعاقدین بصحه الإنشاء و لا إحراز سائر الشروط - جمیع الشروط - بالنسبه إلی الأصیل فقط علی الکشف للزومه علیه حینئذ» به نظر می رسد که این «للزومه علیه» اگر آن معنای اول را بگیریم که للزوم علت برای احراز باشد، مناسب بود «علی الکشف» را بعد ذکر کند اول بگوید که احراز می کنیم اختصاص احراز به اصیل را به خاطر اینکه بر اصیل لازم بوده نه بر فضولی و بعد مسئله علی الکشف را ذکر کند. می گوید بنابر کشف شرایط معتبر است بلکه بنابر نقل هم معتبر است؛ آن واضح هست آن قاعده اش بود که متأخر باشد ولی طبق معنای دوم که گفتیم این علت است برای اینکه چه خصوصیتی دارد که اینجا کشف باید ذکر شود حینئذٍ یعنی حالا که قائل به کشف شدیم «للزومه علیه» هم یعنی «علی المالک» بنابر کشف باید مالك ترتیب اثر بدهد، برای اصیل در موقع عقد حکم ترتیب اثر هست؛ این معنای دوم اظهر به نظر می آید. «للزومه علیه حینئذ» بعضی نسخ «حینئذٍ» ندارد که به جایی ضرر نمی زند هر دو احتمال می آید «بل مطلقا لتوقف تأثیره الثابت و لو علی القول بالنقل علیها» یعنی بر این شروط، همه شروط هست منهای رضا «و ذلک لأن العقد إما تمام السبب أو جزؤه» و شرایط بیع هم در تمام السبب معتبر است و هم در اجزاء، اگر دوتا جزء هم باشد در اجزاءش هم معتبر است «و علی أی حال فیعتبر اجتماع الشروط عنده» عند العقد «و لهذا لا یجوز الإیجاب فی حال جهل القابل بالعوضین» اگر حین الایجاب، قابل جاهل باشد و حین القبول عالم باشد آن ایجاب هم کفایت نمی کند و فایده ای ندارد به خاطر اینکه اجزاء باید حین تحقّقشان واجد شرایط معتبره باشند و چون نسبت به قبول شرایط موجود نیست قهراً ایجابش هم بی خود می شود. اینجاها را مرحوم ایروانی ایراد می کند.

ص: ۷۶۶

«بـل لو قلنا بجواز ذلک » اگر هم ما در اجزاء گفتیم جایز است و این معتبر نیست ولی بایـد گفت در اینجا معتبر است. به خاطر اینکه اجازه جزءالعقد نیست شـرط العقد است، خود عقد همان چیزی است که فضولی و اصیل انجام داده اند لذا اگر در اجزاء هم لازم نـدانیم در اجازه که اصل عقـد به آن قائم است در آنجا معتبر می دانیم «بل لو قلنا بجواز ذلک» در اجزاء «لم یلزم منه الجواز هنا لأن الإجازه علی القول بالنقل أشبه بالشرط » و اگر هم ما بگوییم جزء هست، جزء العقد نیست جزء المؤثر است و از ادله اسـتفاده می شود که بیع که به آن عقـد صـدق می کند همان چیزی است که اصـیل و طرف فضولی انجام می دهند و این اجازه خارج از اجزاء بیع است لـذا شـرایط را آنها بایـد داشـته باشـند و این جزئیت نـدارد و فرض کنید ما در اجزای خود عقد گفـتیم معتبر نیست ولی در اینجـا که جزءالعقـد نیست و اگر هم جزء باشـد جزء المؤثر است بنـابراین بایـد فضولی و آن طرف اصـیل همه شـرایط را داشـته باشـند «لم یلزم منه الجواز هنا لأن الإجازه علی القول بالنقل أشبه بالشرط و لو سلم کونها جزء فهو جزء للمؤثر لا ـ للعقـد فیکون جمیع مـا دل من النص و الإجماع علی اعتبار الشـروط فی البیع ظاهره فی اعتبارها فی إنشاء النقل و الانتقال بالعقد» الان که می خواهد انشاء کند طرفین باید همه شرایط را داشته باشند.

ص: ۷۶۷

شک در حجیت أمارات ۹۴/۰۲/۰۵

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: شک در حجیت أمارات

یک مطلبی که مورد تسلم مابین آقایان است و عقل هم به آن حکم می کند این است که اگر در جایی احراز ملاک شد ولی امتثال قطعیِ دستور مولا مقدور نبود باید آن مقداری که مقدور است را انجام داد که قطع به مخالفت پیدا نشود؛ در درجه اول امتثال ظنّی بعد امتثال شکّی بعد امتثال وهمی.

به طور مثال شخصی که نمی داند به زید بدهکار است یا به عمرو و قدرت پرداخت به هر دو را هم ندارد در صورتی که مظنونش این است که به زید بدهکار است؛ عقل حکم می کند حالا که قدرت بر امتثال قطعی ندارد، باید امتثال ظنّی کرده و پول را به زید بدهد. در این حرفی نیست.

شک در حجیت مساوی قطع به عدم حجیت

در همین فرض بالا اگر عدل واحد حکم کرد که آن شخص بدهکار به عمرو است؛ در صورت شک در حجیّت قول عدل واحد، مرحوم شیخ انصاری در بحث انسداد به طور قطعی می فرمایند که شک در حجیّت، حکم عدم را دارد؛ قطع به عدم جعل و شک در انشاء حجیّت، حکم واحد دارد. قهراً باید پول را به زید داد.

آن مقدار کمی که ما فحص کردیم به مخالفی برخورد نکردیم؛ به نظر می رسد این جزء ارسال مسلم ما بین آقایان است؛ هم در باب منجزیّت و هم در باب معذریّت هر دو باید احراز شود، چیزی که محرز نیست مثل احراز العدم می ماند.

ص: ۷۶۸

اشکال

این مطلب برای ما روشن نیست و ما اینجا تأمّل داریم چون در حجیّت بعضی از امارات مانند خبر عادل، دو نظر هست که اخذ به خبر واحد از باب سببیت است یا طریقیت؟

بعضی چیزها تلفیق شده است از سببیت و طریقیت، مرکّب از دو جنبه است. مثلا در مسأله ی تقلید، از یک طرف اعلم بودن مجتهد جنبه طریقیت دارد و از طرف دیگر عادل بودن و امامی مذهب بودن مجتهد، جنبه سببیت دارد؛ شخصی که امامی نیست، عادل نیست اگر اعلم هم باشد تقلید از او جایز نیست ولو حرف او به واقع نزدیک تر باشد؛ زیرا شارع نمی خواهد غیر عادل ترویج شود؛ آن یک مفسده ای دارد که به خاطر آن از مطلوب أوّلی احکام خودش صرف نظر می کند.

نسبت به بعضی از امارات مثل خبر عادل، بحث هست که أخذ آنها از باب سببیت است یا طریقیت؟ ما در اینجا طبق هر دو مبنا بحث می کنیم:

بر مبنای سببیّت

طبق این مبنا شارع که فرموده شـما قول عادل را بپذیریـد به این معنا است که ولو در بعض موارد حرفش بر خلاف واقع در می آیـد، ولی آنجـا که ظنّ هم داریـد - اطمینـان نه - که حرف عادل بر خلاف واقع است باز هم به قول او اخـذ کنیـد. شارع می خواهـد عادل احترام شود زیرا ردّ قول عادل مفسده دارد و این مفسده أهمّ از مفسده ترک فلان واجب است که به وسـیله اخذ به قول عادل ترک می شود لذا شارع در صورت تزاحم حکم می کند که شـما طبق قول عادل عمل کنید، آن واجب هم ترک شد، اشکال ندارد چون أخذ به قول عادل مهمّ تر است.

ص: ۷۶۹

اشکال

اگر شخص می داند یا به زید بدهکار است یا به عمرو و قدرت امتثال هر دو را ندارد در این صورت اگر بدهکاری به زید مظنون باشد ولی عدل واحد خبر داد که به عمرو بدهکار است در صورت شک در حجیت خبر عدل واحد طبق مبنای مرحوم شیخ انصاری و دیگران شک در حجیت، مساوی با عدم حجیت است و باید پول را به زید بدهد ولی به نظر ما این درست نیست زیرا درست است که بدهکاری به زید مظنون است و مثلا ۶۰٪ به او بدهکار است ولی در مقابل بدهکاری به عمرو یک ۴۰٪ است به انضمام ۵۰٪ شک که در حجیت خبر عدل واحد داریم که در صورت عمل نکردن به خبر عدل واحد ۵۰٪ محتمل است که مصلحت اخذ به خبر عدل واحد از بین برود؛ لذا اگر شخص به قول عادل عمل کند یک مصلحت مظنونی از دستش رفته و اگر به مظنون خودش عمل کند یک مصلحت موهوم از بین رفته است به انضمام احتمال۵۰٪ از بین رفتن یک مصلحت اهمّ.

آیا آن ۶۰٪ مصلحت مظنون، ترجیح دارد بر این ۴۰٪ مصلحت موهوم به انضمام احتمال ۵۰٪ از بین رفتن مصلحت أهمّ؟

خیلی روشن نیست که این ۶۰٪ را ترجیح بدهیم و بگوییم ارسال مسلم است و آن طرف دیگر کالعدم حساب شود.

بر مبنای طریقیت

بر مبنای طریقیت دو فرض دارد:

فرض اول: قطعی بودن حجیّت طریق

فرض دوم: مشکوک بودن حجیّت طریق

ص: ۷۷۰

بررسی فرض اول

شخص از یک طرف ظنّ دارد که به زید بدهکار است و از طرف دیگر به نحو طریقیت طبق بیّنه، قطع دارد که به عمرو بدهکار است زیرا بیّنه، قطعی الحجیّه است. در این صورت باید طبق بینه عمل کرد و ظنّ شخصی را کنار گذاشت. حال باید بررسی شود که چگونه می شود هم ظنّ داشته باشد به یک طرف و هم به مناط طریقیت آن طرف دیگر، طریق به واقع باشد؟

جمع آن این گونه است که طریقیت، طریقیت نوعی است یعنی شارع مصالح کلیه را حساب کرده که اگر بخواهد احکام حفظ شود باید قول عادل معتبر باشد و ظنّ های شخصی در مقابل قول عادل ارزشی ندارد. و برای حفظ مصالح نوعیه قول عادل را طریق قرار داده است چون خطاهای اشخاص نوعا بیشتر از خطاهای قول عادل است.

بررسی فرض دوم

در این فرض هم گفته اند عقل فطری به تقدّم طرف مظنون، حکم می کند؛ و شک در حجیّت مساوی عدم حجیّت است و این طرف مشکوک نمی تواند جلوی حجیّت ظنّ آن طرف را بگیرد؛ که مرحوم شیخ این را به وضوح مطلب بیان کرده و ردّ شده است.

اشکال

این مطلب به نظر ما واضح نیست؛ طرفِ ۴۰٪ موهوم در فرض شک در حجیت، روی حساب کلی که شارع کرده، ۵۰٪ محبوب شارع است و ممکن است که خواسته باشد خبر عادل أخذ شود و اعتنا به ظن شخصی نشود. در اینجا چگونه می توان گفت که عقل فطری به تقدّم طرف مظنون حکم می کند.

لـذا حتی بنـابر طریقیت هم به صورت اصل کلی نمی توان حکم کرد. شایـد در بعضـی از موارد به جهت متفاوت بودنِ مراتب اهمیّت یا کم و زیاد بودن فاصله ی دو طرف لازم باشد ما طرف مظنون را کنار گذاشته و طرف مقابل آن را أخذ کنیم.

ثمره: یـک بحث کلی و معروف در باب انسـداد است که میزان مظنون الطریقیه است یا مظنون الواقع؟ ممکن است بگوییم که مظنون الطریقیه میزان است.

«و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین»

الخروج إلی ما دون المسافه بعد قصد الإقامه ۹۴/۰۲/۰۶

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: الخروج إلی ما دون المسافه بعد قصد الإقامه

ضرب المثل معروفی است که « در خانه ی مور شبنمی طوفان است» سن که بالا می رود یک سرماخوردگی جزئی، آدم را بی حال کرده و مانع از فعالیت می شود. آقایان تا می توانید همین حالا کار کنید والّا به سن ما که برسید مقتضی کم و موانع زیاد می شود قوا هم تحلیل می رود؛ به قول شاعر رهی معیری:

هر چه کمتر شود فروغ حیات/رنج را جانگدازتر بینی

سوی مغرب چو رو کند خورشید/سایه ها را درازتر بینی

می خواستم امروز مباحثه نباشد ولی دیدم آقایان تشریف آوردید اعلام هم نشده، درست نیست که نیایم. از طرفی حال مطالعه ی درس جدیـد نبود و از طرفی هم مانع های غیر اختیاری پیش آمـد. به هر حال، برای اینکه جلسه بی فایـده نباشـد چند کلمه راجع به یک فرع فقهی بحث می کنیم.

فرع فقهی از صلاه مسافر

ص: ۷۷۲

مرحوم سید در بحث صلاه مسافر در کتاب العروه الوثقی می فرمایند:

«مسـأله: إذا تحققت الإقـامه و تمت العشـره أولاـ و بـدا للمقیم الخروج إلی مـا دون المسافه و لو ملفقه فللمسأله صور: الأولی أن یکون عازما علی العود إلی محل الإقامه و استئناف إقامه عشـره أخری و حکمه وجوب التمام فی الـذهاب و المقصد و الإیاب و محـل الإقـامه الأـولی ... الخـامسه أن یکون عازمـا علی العود إلی محـل الإقـامه لکن مع التردد فی الإقامه بعـد العود و عـدمها و حکمه أیضا وجوب التمام و الأحوط الجمع» (۱)

کسی از وطنش قصد مسافرت کرده و حرکت می کند تا به مقصد می رسد و قصد اقامه می کند قهراً آن قصدی که قبلاً داشته منقطع شده و تبدیل به تمام می شود. بعد از آنجا به محلی که کمتر از مسافت شرعی است می خواهد برود و بعدا هم به محل اقامه بر می گردد.

مرحوم سید، هفت صورت برای این مسأله بیان کرده است که ما در اینجا دو صورت را بحث می کنیم:

صورت اول: قصد کرده از محل اقامت به کمتر از مسافت شرعی برود، در حالی که قصد برگشت به محل اقامت و قصد اقامه عشره دیگری دارد.

صورت دوم: قصد کرده از محل اقامت به کمتر از مسافت شرعی برود و قصد برگشت به محل اقامت را نیز دارد ولی در قصد اقامه عشره تردید دارد.

در صورت اول ایشان فرموده: در مسیر رفتن و آنجایی که رفته و در برگشتن و محل اقامه، همه جا تمام باید بخواند. در صورت دوم نیز فرموده باید همه جا تمام بخواند ولی احوط جمع است.

۱- العروه الوثقی، سید یزدی، ج ۳، ص ۴۸۹.

فارق بین این دوصورت چیست؟ چون قصد مسافت و قصد عدم قاطع معتبر است و قصد با تردید جور در نمی آید. همان طور که در صورت قصـد اقامه عشـره، دیگر قصـد مسافرت نـدارد بلکه قصـد قاطع دارد، در صورت شک در قصد اقامه هم، شـک دارد که آیا قاطع سـفر خواهـد آمـد یا نه. چون بالأخره محل اقامه، وطنش نیست اگر هم قصـد اقامه می کنـد، قرار است آنجا نماند؛ منتهی قصد اقامه، قاطع است و تردید در قصد اقامه، تردید در مسافرت است و شخص باید جازم باشد. این چه شبهه ای هست که ایشان در صورت تردیـد، به احتیاط مستحب حکم به جمع می کنـد ولی در جایی که مصـمم برای قصد اقامه اسـت می فرماید حتماً باید تمام بخواند. می توان در قاطعیت قصد اقامه اشکال کرد؛ چون از کلمات بعضی بزرگان استفاده می شود که قصـد اقامه، مانع از قصـر است؛ کسـی که قصـد اقامه می کنـد در حین قصد اقامه، وظیفه اش عبارت از تمام خواندن اسـت ولی معلوم نیست قـاطع باشـد؛ مـا بین قـاطع و مـانع فرق است. کسـی که قصـد طی کردن یک مسافت شـرعی را دارد که یک مقـدارش معصـیت و یک مقدارش طاعت است، آن مقداری که معصـیت است، مانع از قصـر است ولی قاطع نیست. اگر قاطع باشـد آن بعـدش که تبـدیل به طاعت می شود بایـد هشت فرسـخ باشـد و ماقبلش به درد نمی خورد. اما اگر مانع باشد و قاطع نباشـد در آن حال شارع احترامی برای این سـفرش قائل نشده و ترخیص را که امتنان است به او نداده و اگر بعد از آن مسافتی که با معصـیت طی کرده، چنـد فرسـخ به عنوان طاعت طی کند و مقدار خروج از وطن تا مقصد، هشت فرسخ باشد، (مسافت) قطع نشـده است فقـط در حال معصـیت، منعی داشـته که در حال طاعت آن منع برداشـته می شود. ولی قاطع تنها این نیست که حکم قصر نباشد؛ در باب معصیت، مسلم است که جنبه مانعیت دارد نه قاطعیت.

حالا در مورد قواطع مسافرت، بعضـی از موارد که ذکر شده یک مقداری مورد بحث قرار گرفته است. یکی از قواطع، مرور به وطن است؛ مرور به وطن، قـاطع موضوعی است آنجـا درست است کسـی که می خواهـد هشت فرسـخ برود و در وسط راه، از وطن ردّ می شود، این شـخص تو وطن مسـافر نیست عرفـاً هم مسافر نیست نه اینکه شـرع در اینجا احکام مسافرت را بار نکنـد. مسافر کسـی است که دور از وطنش باشد و این شـخص با آمدن به وطنش دیگر مسافر نیست و اگر چند فرسخ را قبل از وطن طی کرده، آن چنـد فرسـخ به درد نمی خورد چون بایـد هشت فرسـخ اش متصـل باشـد. ولی در جایی که قصـد اقامه می کند حکم شرعی این است که در آن محل، نماز را تمام بخواند ولی آیا این قصد اقامه، قبلی ها را قطع می کند و از آنجا به بعد را باید ببیند که هشت فرسخ است یا نه؟ معمول آقایان، قاطع می دانند مرحوم سـید هم قاطع می داند ولی بعضـی ها مثل صاحب مـدارک قاطع نمی داننـد و می گویند کسـی که قصد دارد فرضا ده فرسخ برود اگر در وسط راه قصد اقامه کرد، نمازش تمام است ولی این قاطع نیست و لازم نیست از آنجا به بعد یک سـفر دیگری باشد؛ همان قصد اولی را که قصد کرده بود ده فرسخ برود همان اقتضاء می کند که از محل اقامه که خارج شد نمازش را قصر بخواند.

مورد دیگر که قاطع بودنش مشـکل است این است که کسـی قصد اقامه کرده و یک نماز چهار رکعتی خواند بعد عدول کرد حکم شرعی این است که نماز را باید تمام بخواند ولی اینکه بگوییم قاطع هم است خیلی واضح نیست.

ص: ۷۷۵

ولی فرض این است که مرحوم سید اعتنا نکرده به این مطلب که قصد اقامه مانع است نه قاطع. ایشان مسلم گرفته که قاطع است و لذا در صورت اول که آن شخص بعد از برگشتن قصد اقامه عشره دارد می گوید نمازش در هنگام رفتن و برگشتن و در آن محل مادون مسافت و در آن محل اقامه، تمام است و احتیاط هم نمی کند. با اینکه نسبت به مسیر به سوی آن مادون المسافه و نسبت به خود آن مادون المسافه قصد اقامه نداشته است و آنها خارج از محل اقامه هستند.

حالا محل اقامه بعدی چون خود ادله قصد اقامه عشره چه مانع باشد چه قاطع، آن اقتضاء می کند که چون قصد اقامه کرده نمازش تمام باشد ولی مرحوم سید در همه، حکم به تمام خواندن کرده است؛ احتیاط هم نمی کند، بتّی حکم می کند بر اینکه قاطع است.

سوال این است که چرا ایشان در صورت دوم (تردید) حکم به احتیاط ولو احتیاط استحبابی کرده است با اینکه کسی که قصد اقامه را قاطع می داند باید به صورت بتّی حکم به تمام خواندن بکند زیرا در قطع، قصد معتبر است و این شخص دیگر عزم ندارد به هشت فرسخ بدون قاطع برود؟

من یک احتمال می دهم البته با کلام مرحوم سید در جای دیگر فی الجمله منافات دارد ولی این موردی را که ایشان در یک مسئله ذکر کرده یک مقدار ناسازگار بودنش، جواب داده می شود - خیلی جاها در عروه هست که با جاهای دیگرش قابل توجیه نیست — آن احتمال این است که بگوییم: اقامه عشره، قاطع است ولی به چه دلیل ما باید نیت عدم القاطع داشته باشیم. وجود خارجی قاطع، قطع می کند. تحقق آن چه که قاطع است جلو و عقب را قطع می کند. ولی چیزی که فرضاً وجود خارجی پیدا نکرده ولی من تردید داشتم که آیا محقق می شود یا نه و محقق هم نشد آیا نفس تردید، به مسئله ی قصر اشکال می رساند؟ ممکن است بگوییم: برای طی هشت فرسخ، نیت داشتن معتبر است؛ در روایات هم تصریح شده کسی که صد فرسخ بدون نیت برود کافی نیست. قاطع هم جایی که نیت قطع داشته باشد از ادله استفاده می شود که قصر نیست ولی اگر واقعاً قاطعی در کار نیست منتهی این احتمال می دهد قاطع در کار باشد آیا اینجا هم مثل همان صورتی است که واقعاً قاطع باشد؟ بله در مسافرت اگر اصل مسافرت باشد، تردید و عدم قصد مسافرت چون ر وایت دارد حکم واحد دارد ولی در این مورد یک روایت خاصی نیست که حکم تردید را بیان کند. ممکن است ما در اینجا بگوییم حکم دائر مدار نفس القاطع است با استصحاب اینکه من بعداً قصد اقامه نمی کنم استصحاب استقبالی. نمی دانم بعداً قصد اقامه خواهم کرد یا نه؟ بعداً قاطعی محقق می شود یا نه؟ با استصحاب می گویم محقق نمی شود. فرض این است که بنا دارم به وطن خودم برگردم و از اینجا تا وطن خودم هم هشت فرسخ هست احتمال می دهم قاطعی باشد استصحاب می گوید قاطع در کار نیست، نماز قصر است. در اینجا بگوییم دلیل روشنی نیست که ما حکم کنیم به اینکه نسبت به قاطع، علم و عزم معتبر است. نسبت به مقدار سفر عزم معتبر است صرف هشت فرسخ رفتن کافی نیست ولی راجع به قاطع حکمی نه قاطع موضوعی مثل وطن اینها هم هست یا نه؟ آیا از ادله سفر استفاده می شود که شارع، جزم را معتبر می داند؟ ممکن است استفاده شود لذا فتوا این است که مضر است چون نیت نکرده باید نیت عدم القاطع هم داشته باشد. ولی ممکن است بگوییم خود قاطع، مانع است نه عدم العزم بر قاطع و عدم العلم به قاطع. شاید نظر مرحوم سید در اینجا که فرق گذاشته به همین مطلب بوده که در صورتی که تصمیم دارد قاطع را بجا بیاورد آن را منجز حکم کرده ولی در جایی که شک دارد که آیا نیت می کند یا نه می گوید شاید استصحاب و عدم القاطع را جاری کنیم. این احتمال هست.

این مسئله مورد بحث را می شود این طور توجیه کرد منتهی این عرض ما با فرمایش دیگر مرحوم سید در جای دیگر از صلاه المسافر نمی سازد. آنجا می گوید (۱) کسی که می خواهد خارج شود باید نیت داشته باشد به وطنش نرود، قصد اقامه نکند و اگر نیت دارد که قصد اقامه کند یا به وطن برود این سفرش سفر حساب نیست بلکه اگر تردید هم داشته باشد سفرش سفر حساب نیست. آنجا صورت تردید را عطف کرده به صورتی که نیت قاطع دارد و احتیاط هم نکرده و به صورت بتّی فرموده است.

القول فی المجاز(۲) ۹۴/۰۲/۰۷

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: القول فی المجاز(۲)

مرحوم شیخ فرمود همه شرایطی که در بیع معتبر است در بیع فضولی هم، همه آن شرایط منهای اقتران رضا معتبر است. « فیکون جمیع ما دلّ من النصّ و الإجماع علی اعتبار الشروط فی البیع ظاهره فی اعتبارها فی إنشاء النقل و الانتقال بالعقد» (۲) و بدون آن شرایط مباحث مربوط به فضولی مطرح نمی شود.

استثناء از شروط معتبر در هنگام عقد فضولی

مرحوم شیخ در ادامه یک مطلب را استثناء می کند: « نعم، لو دلّ دلیل علی اعتبار شرطٍ فی ترتّب الأثر الشرعی علی العقد من غیر ظهور فی اعتباره فی أصل الإنشاء، أمکن القول بکفایه وجوده حین الإجازه، و لعلّ من هذا القبیل لقدره علی التسلیم، و إسلام مشتری المُصحَفِ و العبدِ المسلم » (۳) اگر یک شرطی نسبت به ترتب اثر شرعی معتبر شده باشد آنجا ممکن است بگوییم اگر در وقت اجازه، حاصل شد کفایت می کند و لازم نیست حین العقد هم وجود داشته باشد مثل قدرت بر تسلیم و اسلام مشتری در هنگام خریدن مصحف و عبد مسلمان. لذا اگر کسی موقع عقد فضولی کافر بود ولی موقع اجازه، مسلمان شد کفایت می کند و فرقی نمی کند که کافر، طرف اصیل باشد یا طرف فضولی.

۱- العروه الوثقی، سید یزدی، ج۳، ص ۴۲۳.
۲- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۶۷.
۳- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۶۷.

نقد کلام مرحوم شیخ

این استثنای مرحوم شیخ برای ما قابل فهم نیست. در ابتدا که فرمود تمام شرایط منهای اقتران رضا، در عقد فضولی معتبر است آیا مراد شرایطی است که عقلاء شرط می دانند؟ بلا اشکال این مراد نیست. آن مطلب اول این بود که منهای اقتران رضا هر چه که در صحت بیع دخالت دارد اینجا هم معتبر است و معتبر در صحت معنایش معتبر در ترتیب اثراست. مراد در ابتدا شروط

شرعی معتبر است نه تنها عقلائی که شرع معتبر نمی داند و اگر گفتیم که همه شرایطی که شرع معتبر کرده در صحت معامله منهای اقتران به رضا همه باید وجود داشته باشند دیگر این استثناء معنا ندارد. بعض از حواشی هم نگاه کردم، محصلی نداشت؛ آقای ایروانی می گوید آن اول شرایط معتبر در وقوع بیع است و دومی شرایط معتبر در تأثیر عقد است. عرض ما این است که وقوع بیع صحیح با تأثیر چه فرقی دارد؟ بله در وقوع بیع باطل، شرایط وقوع، اعم از صحیح و فاسد است ولی اینجا شرایط عقد صحیح مراد است. آن وقت چطور صحت العقد در مقابل تأثیر یک چیز دیگری است!

عرض ما راجع به شرط قدرت بر تسلیم این است که در بیع شرط است که در ظرف عمل باید قدرت بر تسلیم داشته باشد، قدرت بر تسلیم حین العقد شرط نیست کسی که دست و پایش بسته است ولی در ظرف عمل می تواند مبیع را تسلیم کند همین کفایت می کند اما این یک بحثی است که ربطی به مسئله فضولی ندارد که فضولی استثناء شده باشد، از شرایط عامه خود بیع است. راجع به شرا کافر هم همین طور است اگر موقع انشاء، طرف مسلمان نبود ولی موقعی که قرار است مالکیت برای طرف بیاید، مسلمان شود آن هم کفایت می کند. اگر مصحف به کافر به صورت بیع سلف فروخته شود ولی در موقع تحویل، مسلمان شده باشد این هم اشکالی ندارد. اینها یک شرایط عامه است که لازم نیست در حین عقد وجود داشته باشند و اختصاص به فضولی ندارند در غیر فضولی هم همین طور است.

استمرار شروط تا زمان اجازه

«ثمّ هـل يشترط بقاء الشرائط المعتبره حين العقـد إلى زمان الإجازه، أم لا؟ لا ينبغى الإشكال فى عـدم اشتراط بقاء المتعاقـدين على شروطهما حتّى على القول بالنقل. نعم، على القول بكونها بيعاً مستأنفاً يقوى الاشتراط». (۱)

شرط استمرار نسبت به شروط متعاقدين

مرحوم شيخ در مورد استمرار شروط تا زمان اجازه مى فرمايند: در شرايط متعاقدين بلا اشكال استمرار معتبر نيست و شخص فضولى اگر بعد از عقد خوابيد و وقت اجازه خواب بود هيچ اشكالى ندارد؛ لزومى ندارد موقع اجازه بيدار باشد يا مطلع باشد او عقد خودش را با شرايط انجام داده است و اين مالك اصلى هم اجازه مى دهد آن اصيل هم كه اجازه داده بود از اول، لذا اين عقد صحيح است. اصيل هم لازم نيست موقع اجازه، مطلع باشد در روايات فضولى بود كه گاهى اصيل عقد را با فضولى انجام داده است، بعد مالك اصلى متوجه شده، اجازه مى دهد.

حتى بنابر قول به نقل هم استمرار شرط نيست زيرا بنابر نقل درست است كه از حالا ملكيت و نقل و انتقال واقع مى شود ولى اثرش همان عقد قبلى است كه منشأ مى شود براى اين اثر گذاشتن و لازم نيست عاقد الان متوجه باشد كه مالك اصلى دارد چكار مى كند.

استمرار شروط بنابر بيع جديد بودن اجازه

بعد ايشان مى فرمايند فرض مسئله اين است كه عاقد همان بايع است – حالا مثل شخص وكيل يا مأذون، بيع او بيع مالك هم حساب مى شود آن يك بحث ديگرى است والّا در اينجا عاقد همان بايع است – ولى يك قول ضعيفى هست كه بايع عبارت از مجيز است و اجازه مالك اصلى، بيع مستأنف است. اصيل كه قبلاً قبول كرده، قبول متقدّم است اين اجازه هم ايجاب متأخر است. ايشان مى فرمايند اگر اين طور باشد بايد آن شرطى كه در حين عقد بوده، تا وقت اجازه استمرار پيدا كند.

۱- مكاسب، شيخ مرتضى انصارى، ج ۳، ص ۴۶۸.

نقد کلام مرحوم شیخ

ولی به نظر می رسد در صورت قائل شدن به بیع جدید هم ادامه لازم نباشد؛ اصیلی که قبلاً قبول کرده و تا وقت اجازه، استدامه حکمی پیدا کرده این دیگر استمرار نیاز ندارد. گاهی بعد از عقد خوابیده و اگر هم بیدار شود جهتی ندارد که از آن عقد برگشته باشد این قبول متقدم و این اجازه ی مالک اصلی هم ایجاب متأخر است، این را ما دلیل نداریم که باطل باشد ولو عقد مستأنف هم بدانیم این یک کار عقلائی است و دلیل اجماع بر خلافش هم روشن نیست که تقدیم قبول بر ایجاب اشکال داشته باشد. و بالفعل متذکر بودن هم معتبر نیست ولی متذکر بودن شأنی معتبر است؛ اگر اصیل برگشته باشد، آن به درد نمی خورد.

خلاصه علی القول به اینکه بیع جدید است بخواهیم بگوییم همان شرائط متعاقدین که قبلًا بوده استمرارش تا وقت اجازه معتبر است، این روشن نیست که معتبر باشد.

شرط استمرار نسبت به شروط عوضین

«و أمّا شروط العوضین، فالظاهر اعتبارها بناءً علی النقل، و أمّا بناءً علی الکشف فوجهان، و اعتبارها علیه أیضاً غیر بعید» (1)

بنابر نقل: راجع به شروط عوضین اگر ما قائل به نقل شدیم، استمرار معتبر است اگر یک چیزی قبلًا صلاحیت ملکیت داشت بعد از صلاحیت ملکیت خارج شد یا ملک مالک بود ولی بعداً خارج شد بنابر نقل این عقد باطل است زیرا موقعی که می خواهد اجازه بدهد بنابر نقل، الان نقل و انتقال واقع می شود و اگر الان صلاحیت ملکیت نداشته یا ملک مالک نباشد، وقوع نقل و انتقال معنی ندارد. قهراً بنابر نقل باید در موقع اجازه هم قابلیت ملکیت و هم فعلیت ملکیت موجود باشد تا نقل و انتقالی واقع شود.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۶۸.

مرحوم شیخ در خیلی از مواقع برای چیزهای قطعی، کلمه «الظاهر» را به کار برده است؛ حتی یک جایی محاسبات ریاضی برهانی داشت آنجا هم ایشان کلمه الظاهر را به کار برده بود. اینجا هم که فرمود «أمّا شروط العوضین، فالظاهر اعتبارها بناءً علی النقل» مراد از ظاهر، قطع است و بنابر نقل قطعاً استمرار معتبر است.

بنابر کشف: که قبلاً این عوض صلاحیت ملکیت داشته و ملکیت بالفعل هم داشته، حالا موقع اجازه صلاحیت ندارد ایشان می فرمایند که بعید نیست که این جا هم استمرار معتبر باشد چون حالا که می خواهد ترتیب اثر بدهد آن عوض از صلاحیت خارج شده است. ایشان می فرمایند بعید نیست که بگوییم «أوفوا بالعقود (۱) » این مورد را نمی گیرد یا ادله از این مورد انصراف دارد.

نقد کلام مرحوم شیخ

البته مرحوم شیخ سابقا در بیان ثمرات کشف و نقل با صاحب جواهر مخالفت کرده و منکر ظهور در استمرار شدند و فرمودند که استمرار معتبر نیست (۲) که این حرف ایشان، حرف درستی است. اگر بنابر کشف هیچ فایده ای برای اعتبار ملکیت حین العقد نباشد، استمرار معتبر است. ولی گاهی اوقات در موقعی که می خواهد ترتیب اثر بدهد، خود عوض تلف شده و صلاحیت ندارد ولی نماءاش موجود است. در آنجا مرحوم شیخ مثال می زد به روایت ابی عبیده که می گوید : دوتا صغیره را فضولتا عقد کرده اند، بعد پسر، بزرگ می شود و اجازه می دهد و می میرد و دختر در موقع اجازه ی پسر، صغیره بوده، بعد که بزرگ می شود، آن عقد را اجازه می دهد، در حالی که در موقع اجازه دادن، طرف مقابل (شوهر) از صلاحیت افتاده بود. در این مثال ثمره راجع به ارث است. لازم نیست بتوانند ازدواج داشته باشد. مرحوم شیخ می فرمود در باب نکاح با اینکه طرف مُرده و الان عقد نکاحی موجود نیست ولی برای بعضی ثمرات دیگرش، ادله ی کشف حکم به صحت کرده است. در بحث ما هم می توان به خاطر ثمرات و نماءها که موجود هستند حکم به عدم اعتبار استمرار شروط کرد. لذا این که مرحوم شیخ در اینجا فرمود « و اعتبارها علیه أیضاً غیر بعید» این کلام ایشان اشکال دارد و نباید استمرار شروط را معتبر دانست و خلاف مبنای خود ایشان هست.

۱- مائده / ۱.

۲- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۱۸.

الثانی: هل یشترط فی المجاز کونه معلوماً للمجیز بالتفصیل

اگر اجازه مجیز بخواهد نافذ باشد آیا آن عقد مجاز تفصیلاً با جزئیات باید برای مجیز مشخص باشد یا علم اجمالی به این که یک چیزی صلاحیت برای اجازه دارد، کفایت می کند؟ «هل یشترط فی المجاز کونه معلوما للمجیز بالتفصیل من تعیین العوضین» آیا شرط است که علم تفصیلی به عوضین داشته باشد یا نوع وجنس عقد را بداند مثلا اگر فضولی، کنیز یک شخصی را به دیگری داده لازم است که بداند که آنرا فروخته یا عقد نکاح کرده یا تحلیل کرده برای طرف. ایشان می فرمایند که دو وجه در اینجا هست:

وجه اول: علم اجمالی کفایت می کند. با این بیان که اجازه مانند اذن است. اذن، انشاء رضای متقدّم بر عقد است، اجازه انشاء رضای متأخر بر عقد است. همان طوری که در اذن، وقتی موکل کسی را وکیل می کند و وکالت مطلقه به او می دهد، علم تفصیلی به کارهای وکیل ندارد ولی به خاطر وکالت مطلقه که داده، عمل وکیل، عمل موکل حساب می شود و اشکالی هم ندارد حالا اجازه هم انشاء رضای متأخر است مثل آن اذن متقدّم، علم تفصیلی در آن شرط نیست.

وجه دوم: علم تفصیلی باید داشته باشد. با این بیان که اجازه تنها یک شرط خارجی نیست بلکه رکن عقد است و ارکان عقد باید برای آنهایی که ایجاد این رکن را می کنند، بالتفصیل معلوم باشد.

به نظر می رسد ایشان به وجه دوم تمایل دارند که در ادامه می فرمایند بنابر وجه دوم اگر کسی بخواهد اجازه تعلیقی بدهد صحیح نیست؛ اصلاً نمی داند عقد فضولی واقع شده یا نه؛ می گوید اگر چنین عقدی واقع شده باشد من اجازه دادم و خارجاً هم چنین عقدی واقع شده. با توجه به وجه دوم این عقد باطل است چون اجازه رکن است مثل ایجاب و قبول می شود. دعوای اجماع هست بر اینکه تعلیق در باب عقود باطل است؛ این اجازه ولو موضوعاً خودش عقد نیست، عاقد آنها هستند ولی چون حکماً رکن حساب می شود(و به منزله ی ایجاب و قبول است) همان اجماع کأنّ اینجا می آید.

ص: ۷۸۲

«فتأمل» عبارت از این است که شبیه به چیزی بودن لازمه اش این نیست که این، عین آن باشد. آن وقت خیلی روشن نیست که ما بگوییم اگر اجماعی راجع به ارکان عقد و طرفین عقد - بایع و مشتری - بود عین همان در اجازه هم است.

مرحوم آقای آسید محمد تقی خوانساری (رضوان الله علیه) برای این مطلب مثال جالبی می زد؛ ایشان می فرمود چند نفر بر سر ملکیت اسبی اختلاف داشتند یکی مدعی بود که اسب مال من است. دیگری یک چیزی روی اسب می اندازد و می گوید بگو ببینیم نر است یا ماده؟ مدعی می گوید نر است. برمی دارند، می بینند ماده است. بعد آن مدعی می گوید که نرِنر هم که نگفتم. حالا اجازه که به منزله رکن است یک چنین رکنی هم نیست که دیگر اجماعی هم که شد آن امر تعبدی را هم بیاییم تعدی بدهیم با اینکه در موضوع اینها قرار نگرفته است.

المجاز إمّا العقد الواقع علی نفس مال الغیر و إمّا العقد الواقع علی عوضه ۹۴/۰۲/۰۸

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: المجاز إمّا العقد الواقع علی نفس مال الغیر و إمّا العقد الواقع علی عوضه

«الثالث: المجاز، إمّا العقد الواقع علی نفس مال الغیر، و إمّا العقد الواقع علی عوضه، و علی کلّ منهما إمّا أن یکون المجاز أوّل عقد وقع علی المال أو عوضه، أو آخره، أو عقداً بین سابق و لاحق واقعین علی مورده، أو بدله، أو بالاختلاف». (۱)

بحث راجع به عقود مترتبه بر مال اصلی است این عقود مترتبه یک مرتبه روی خود مال مالک است یک مرتبه روی عوض مال است. مرحوم شیخ مثالی زده که ما قسمت اولش را بحث می کنیم در اینجا سه معامله را بیان می کنیم که تا انتهای بحث توجه به آنها مهم است:

ص: ۷۸۳

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۶۹.

معامله اول: بایع فضولی عبد زید را فروخت به دیگری و در مقابل اسبی را دریافت کرد.

معامله دوم: مشتری هم عبد را به شخص سومی فروخت و کتابی دریافت کرد.

معامله سوم: شخص سوم هم عبد را به چهارمی فروخت و دیناری دریافت کرد.

بررسی معامله سوم

سه تا معامله روی مال اصلی واقع شده منتهی با افراد مختلف. بعد مالک اصلی معامله ی وسط (معامله دوم) را اجازه می دهد. صحت این معامله، بحث کلی فضولی است که بنابر صحت فضولی این وسطی صحیح است در این حرفی نیست؛ حال آیا این اجازه ای که مالک نسبت به معامله دوم داد، کفایت می کند نسبت به معامله سوم که آن هم تصحیح شود یا نه؟ ایشان می

فرمایند بنابر کشف کفایت می کند و عقد سوم هم تصحیح می شود به خاطر اینکه بنابر کشف موقعی که عقد، راجع به کتاب واقع شده از همان وقت نقل و انتقال واقع شده آن عقد بعدی هم که دارد عبد را می فروشد به دینار، ملک خودش را دارد می فروشد، احتیاج به اجازه جدید ندارد. ولی اگر ما قائل به نقل شدیم و گفتیم موقعی که عقود واقع شد، آن موقع، نقل و انتقال نمی شود؛ بلکه موقع آمدن اجازه از طرف مالک است که نقل و انتقال واقع می شود؛ در این صورت وقتی که مالک، معامله ی دوم را اجازه داد بعد از اجازه، نقل و انتقال بین عبد و کتاب واقع می شود در حالی که معامله ی سوم، قبل از اینکه اجازه بیاید واقع شده بود پس موقعی که شخص سوم، عبد را به دینار فروخته، مالک عبد نبوده است. (در اینجا معامله سوم مبتنی بر اشتراط مالکیت در حال عقد و عدم اشتراط آن می شود که در فرض اشتراط، حق اجازه ندارد چون حین العقد مالک عبد نبوده و در فرض عدم اشتراط، حق اجازه دارد.) حالا ـ اگر بگوییم کسی که الان مالک است می تواند عقدی را که قبلاً خودش انجام داده، اجازه دهد «من باع شیئاً ثم ملکه» فضولتاً یک چیزی را فروخته ملکش نبوده ولی بعداً مالک شده، بگوییم می تواند اجازه دهد، اینجا ممکن است بگوییم روی این مبنی درست است؛ موقعی که عبد فروخته شده به دینار، شخص مالک نبوده ولی بعد به وسیله اجازه ای که مالک نسبت به معامله دوم داده، این شخص سوم، مالک شده منتهی قبلاً عقدی انجام داده بود(معامله سوم) که آن عقد یا همین طور خودبه خود منتقل و تصحیح می شود یا با اجازه.

ص: ۷۸۴

اما اگر بگوییم شخصی که می خواهد اجازه دهد باید موقع عقد، مالک باشد در اینجا معامله سوم تصحیح نمی شود چون فرض این است که شخص سوم، که می خواهیم معامله اش (معامله سوم) را تصحیح کنیم در موقع عقدش، هنوز اجازه ای نسبت به معامله دوم نیامده، پس هنوز مالک عبد نشده، آنرا فروخته است. به هر حال این مبتنی می شود بر اینکه آیا شرط است که حین العقد، آن مجیز مالک باشد تا اجازه اش مفید باشد یا نه شرط نیست؛ بعد العقد هم که مالک شد کفایت می کند.

بررسی معامله اول

معامله دوم که عبد را داده و کتاب را گرفته چون مالک اصلی آنرا اجازه داد، آن صحیح است. معامله سوم هم که روی مبنی فرق می کند. اما معامله اول که بایع فضولی عبد را در مقابل اسب فروخته بود، مالک اصلی آنرا اجازه نکرده - مالک اصلی معامله وسطی را امضاء کرده بود - پس از ناحیه مالک مجیز، معامله اول فسخ است و طرف اصیل مالک نخواهد شد.

ولی از ناحیه شخص ثالث که کتاب را داده و عبد را مالک شده (آن معامله اول منوط به قابلیت اجازه او است اگر مالکیت در حال عقد را شرط بدانیم، اجازه او نافذ نیست ولی اگر مالکیت در حال عقد را شرط ندانیم و مالکیت در حال اجازه را کافی بدانیم اجازه وی نافذ است. به بیان دیگر) آنکه بعداً به وسیله ی اجازه ی مالک، ملکیت برایش حاصل شده، آن می تواند بگوید من به وسیله ی اجازه مالک اصلی، مالک عبد شدم و حالا معامله ی اول را اجازه می دهم؛ هر چند در موقع معامله اول، این شخص هیچ کاره بود. التبه بنابر اینکه مالکیت حین العقد در باب فضولی شرط نباشد و مالکیت بعد العقد کفایت کند. و در نتیجه مالک جدید، عقد می کند و نقل و انتقال بین این مالک جدید و آن طرف اصیل صورت می گیرد و عبد به اصیل منتقل می شود و اسب هم به این مجیز منتقل می شود.

دو فرض در مسأله «من باع شیئا ثم ملکه»

در مسئله «من باع شیئاً ثم ملکه» دو فرض هست:

فرض اول: بـایع فضولی مـال دیگری را فضولتاً فروخته و بعـد خودش مالک شـده است. مرحوم شـیخ در آنجا که این مسأله را مطرح کرده این فرض اول را بحث کرده است.

فرض دوم: بـایع فضولی ملـک دیگری را فروخته، آن وقت مالـک اصـلی آمـده ملکش را فروخته به شـخص دیگری حالا این شخص که الان مالک شـده، آن عقدی را که فضولی انجام داده بود آن را می خواهد اجازه دهد در این فرض دوم موقعی که عقـد فضولی واقع شـده این مالک جدید، مالک نشده بود؛ همان طوری که در فرض اول «من باع شـیئاً ثم ملکه»، بایع فضولی حین العقد مالک نبود، اینجا هم مالک جدید حین العقد الفضولی مالک نبوده است.

کلام مرحوم شیخ

مرحوم شـیخ «من باع شـیئاً ثم ملکه» را که بحث می کنـد، می گویـد این بحث دو فرض دارد، فرض اول را مطرح می کند که عاقـد فضولی همـان مجیز است ولی در این فرض دوم، فضولی یـک فرد است و مجیز یـک فرد دیگری است که در موقع عقد مالـک نبوده حالاـ مالک جدیـد شـده است. و فضولی در فرض اول و این مالک جدیـد در فرض دوم هر دو در مالک جـدید بودن مشترکنـد و تفاوتشان در این است که در فرض اول، فضولی که الان مالک جدیـد شـده همان عاقـد است ولی در فرض دوم مالک جدید همان عاقد نیست.

ایشـان می فرماینـد در کلمـات علمـاء فرض مسـأله «من باع شـیئا ثم ملکه» همان فرض اول است اما حکم فرض دوم هم از این فرض اول فهمیده می شود. و در بحث اینجا ایشان می فرمایند: مشتری که در معامله دوم مالک عبد شده، می تواند معامله اول را اجازه دهد چون مالک جدید عبد است.

نقد کلام مرحوم شیخ

عرض ما این است که این کلام ایشان در اینجا هم بنابر کشف و هم بنابر نقل اشکال دارد:

بنابرکشف: وقتی که مالک اصلی معامله دوم را اجازه داد و صاحب کتاب مالک جدید عبد شد، بنابر کشف این مالک جدید بعـد از این اجـازه، از همـان اول مالک شـده بود، بعـد موقعی که مالک شـده، آمـده ملک خودش را که عبـد است فروخته به شخص دیگری و در مقابل آن دیناری دریافت کرده است و در واقع آن مالک دینار الان، مالک عبـد است او بایـد بیع عبد به اسب را اجازه کند، نه این شخصی که کتاب را داده و عبد را گرفته است.

بنابر نقل: بنابر نقل هم اگر ما شـرط ندانیم که مجیز باید موقع عقد خودش مالک باشد، مالک اصلی که اجازه می دهد معامله دوم را و عبـد به صـاحب کتـاب منتقـل می شود، آن وقت اگر مالـک جدیـد عبـد، معـامله سوم (که خودش عبـد را در مقابل دیناری فروخت) را اجازه دهد مصداق «من باع شـیئاً ثم ملکه» می شود چون او آمده عبدی که معامله فضولی رویش شده بود را فروخته و دینار گرفته است و به وسـیله اجازه مالک اصلی این مالک شد. حالا اگر این آن معامله سوم را اجازه دهد، مالک عبـد همان کسـی می شود که درهم را داده و عبـد را گرفته است و این شـخص بایـد معامله اول (اسب با عبـد) را اجازه دهد؛ منتهی اگر خودبه خود منتقل شـده باشـد او بایـد اجازه بدهـد. اما اگر (امر معامله سوم) متوقف بر اجازه این شخصـی است که کتاب را داده، عبـد را خریده؛ چون این فعلاً مالک عبد است مخیر است که معامله سوم را که خودش انجام داده اجازه دهد یا معامله اول که بایع فضولی آمده عبد را به فرس فروخته، آنرا اجازه دهد.

ص: ۷۸۷

به بیـان دیگر اگر خودبه خود منتقل شود این شـخص که کتاب را داده و عبـد را گرفته، دیگر نسبت به معامله اول هیـچ کاره است و آن که دینـار را داده، او بایـد معـامله اول را اجـازه دهـد؛ امـا اگر بگـوییم که معـامله سـوم منـوط به اجـازه است، اینجا شخصـی که کتـاب را داده و عبـد را گرفته، مخیر می شود می توانـد معـامله سوم یـا معامله اول هر کـدام را که خواست اجازه دهد.

این محـل خلاـف است که آیـا خودبخود تا آن خریـد به این منتقل شود بـدون احتیاج به اجازه یا اینکه احتیاج به اجازه دارد؟ یـک نظر این است که احتیاج به اجازه نـدارد همین که این شـخص خریـد و مالک شـد در رتبه بعـدی خودبه خود به دیگری منتقل می شود و این به حسب دو مبنی با هم تفاوت می کند.

خلاصه اینکه مرحوم شیخ مطلقا فرمود که اجازه ی معامله اول با این صاحب کتاب است که کتاب را داده و مالک عبد شده، این مطلب درست نیست.

مقدار مسافت شرعی ۹۴/۰۲/۰۹

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: مقدار مسافت شرعی

فرع اول: طرح یک فرع فقهی توسط شهید مدنی:

یک وقتی شـهید سید اسدالله مدنی، از نجف تازه آمده بود این فرع را عنوان کرد که اگر کسی به شهری وارد شود که وطنش نیست ولی می دانـد که اگر نمازش را تمام بخواند اهل آن شـهر او را بیرون می کنند و اگر شکسـته بخواند تا ده روز نگه اش می دارند؛ حال این شخص چگونه باید نماز بخواند؟

ص: ۷۸۸

خود ایشـان نظرش این بود که ادله قصـد اقـامه اثباتـاً و نفیـاً متعارض است و به مقتضای دلیل اولی که عبارت از تمامیت اسـت باید نماز را تمام بخواند.

ایراد به کلام شهید مدنی

ما دو ایراد به ایشان داریم:

أوّلاـ: مسـئله حکمش روشن است زیرا اگر کسـی بخواهـد نمـاز بخوانـد، ولی نگذارنـد آن طـوری که شـرع تعیین کرده نمـاز بخواند، از چنین کسـی تکلیف نماز أداءً ساقط است و باید بعدا قضای آنرا به جا بیاورد. و اگر کسی «لاتسقط الصلاه بحال» را در اینجا درست بداند و بگوید تکلیف نماز در هیچ حالی ساقط نمی شود، آن موقع مخیّر هست هر طور که خواست بخواند.

پرسش: وقتی خواست قضاء کند، قصر قضاء کند یا تمام؟ پاسخ: آن وقت که نیت کرده، مخیر است قصد اقامه کند یا نکند اگر خواست بماند قصد می کند و نماز تمام اداءً از او ساقط می شود و اگر نخواست قصد اقامه کند نماز شکسته از او ساقط می شود بعدا باید قضا کند؛ علی أی تقدیر نمی گذارند به وظیفه اش عمل کند.

ثانیا: در درجه اول حکم مسئله همان است که در بالا گفته شد ولی اگر از این صرف نظر کردیم آن که ایشان گفت باید به مقتضای دلیل اولی نماز را تمام به جا بیاورد، این صحیح نیست و نماز را باید قصر به جا بیاورد زیرا ادله مسافرت اخصّ است از آن ادله اولیه که حکم می کند نمازهای ظهر و عصر و عشاء چهار رکعت است و اینجا نباید به عام فوق مراجعه کرد بلکه به عامی که تحت هست باید مراجعه شود مانند « وَ إِذَا ضَرَبْتُمْ فِی الْأَرْضِ فَلَیْسَ عَلَیْکُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلاَهِ » (۱) .

ص: ۷۸۹

۱- نساء / ۱۰۱.

خلاصه ایشان می خواست مراجع را آن أدله ی تمام قرار دهد که ما عرض کردیم اولاً تکلیف ساقط است و ثانیا اگر ثابت بود مرجع « وَ إِذَا ضَرَبْتُمْ فِی الْأَرْضِ » است نه ادله اولیه تمامیت نماز.

فرع دوم: مسافت شرعی چه مقدار است؟

در اوایل طلبگی ما، می گفتند مسافت شرعی، هشت فرسخ است و هر فرسخ شش کیلومتر، قهراً چهل و هشت کیلومتر امتدادی یا تلفیقی می شد. بعد مرحوم آقای بروجردی که به قم تشریف آورد ایشان فرسخ را پنج کیلومتر و نیم قائل بود.

ولی با مراجعه به بعضی از مآخذ به نظر می رسد که هشت فرسخ، چهل کیلومتر است و مسافت شرعی حدود چهل کیلومتر است. اخیراً بعضی از اهل خبره روی تمام ضوابطی که شرع راجع به مسافت شرعی قرار داده، کار کردند مثلاً برای «مسیره یوم» (1) که در روایات آمده، یک روز متوسط را در یک زمین خاکی - نه آسفالت که صاف باشد- با در نظر گرفتن پستی و بلندی های متعارف، با شتر از اول آفتاب تا غروب حرکت کردند، و برای نماز و غذا یک مقدار متعارفی توقف کردند، مسافتی که اینها تا غروب رفتند، با چهل کیلومتر تطبیق داشت. یا این که پیغمبر ذی خُشب می رفته را حساب کردند، با همان چهل کیلومتر تطبیق کرد. مسافت مکه تا عرفات را حساب کردند آن هم حدود بیست کیلومتر است که رفت و برگشتش چهل کیلومتر می شود. خلاصه مجموع آن ضوابط با همان چهل کیلومتر تطبیق شد.

ص: ۷۹۰

۱- «وَ قَدْ سَافَرَ رَسُولُ اللَّهِ ص إِلَی ذِی خُشُبٍ وَ هِیَ مَسِیرَهُ یَوْمٍ». من لا یحضره الفقیه، ج ۱، ص ۴۳۵.

پرسش: این که فرمودید موضوع شناسی کردند، این طور موارد محل مراجعه، مرجع است یا اهل خبره؟

پاسخ: آن مقداری که مربوط به فهم کتاب و سنّت هست و باید از ادله استخراج شود در این مقدار باید به مجتهد رجوع شود و آن مقدار که مربوط به موضوع شناسی در خارج است باید به اهل خبره رجوع شود. در اصل اینکه حکم رخصت است یا عزیمت، باید از مرجع، تقلید کرد اما راجع به موضوع شناسی و تطبیقات خارجی باید از اهل خبره پیروی کرد. مثلا در مسائل پزشکی مرجع، حکم الکل صنعتی را بیان می کند اما اینکه در خارج الکل صنعتی چیست این مربوط به اهل خبره است.

آقای موحدی کرمانی چند وقت پیش، دفتر ما تشریف آورده بود ایشان گفت از حضرت امام پرسیدم: شما که تهران را از بلاد کبیره می دانید اگر یکی از مقلدین جناب عالی یقین داشته باشد که تهران از بلاد کبیره نیست آیا باید به تشخیص خودش عمل کند یا به فتوای حضرت عالی؟ ایشان فرموده بود به تشخیص خودش عمل کند ولی تهران از بلاد کبیره است.

فرض شک در مقدار مسافت شرعی

اگر شک کردیم مقدار مسافت شرعی چهل کیلومتر است یا چهل و هشت کیلومتر یا چهل و پنج کیلومتر، وظیفه ما چیست؟ همان بحث فرع اول در اینجا می آید که ادله ی اولیه این است که باید نماز را تمام خواند بعد با «وَ إِذَا ضَرَبْتُمْ فِی الْأَرْضِ » مسافر عرفی خارج شده است در اینجا هر مقدار مسافت که ثابت شده آنرا أخذ می کنیم و در بقیه به ادله « وَ إِذَا ضَرَبْتُمْ فِی الْأَرْضِ » تمسک می کنیم نه به أدّله ی اوّلیه.

ص: ۷۹۱

این روی مسلک متعارف آقایان که در مخصّص منفصل مردّد ما بین اقل و اکثر، به عام تمسّک می کنند در اینجا عام، « وَ إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ » است نه عمومات بالاتر.

چیزهایی که مقتضی و مانع در باب ملاکات هست برای ما محل اشکال است. حالا اگر کسی قائل باشد با قاعده مقتضی و مانع هم می تواند حکم کند که نماز شکسته است. با این بیان که یک مقتضی اولی هست که نماز را باید تمام خواند، برای مسافر یک ارفاق هست که آن مقتضی است که شکسته بخواند و جایی که قصد اقامه می کند کأنّ این یک مانع هست که باز دوباره حکم می رود برای (ادله) اولیه. مثل «أکرم العلماء» «لا-تکرم الفساق منهم»؛ حالا- نمی دانیم فلان فاسق احترام دارد یا ندارد؟ اینجا چون استثناء فساق از علماء از باب مسئله تزاحم ملاک است، استثناء یک قسمی از فساق از «لا تکرم الفساق» آن هم تزاحم ملاک است آن وقت ما تمسک می کنیم به عام تحت «لا تکرم الفساق» نه به عام فوق «أکرم العلماء».

بررسی عقود واقع شده بر مال مجیز یا عوض مال مجیز ۹۴/۰۲/۱۵

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: بررسی عقود واقع شده بر مال مجیز یا عوض مال مجیز

در بحث سابق یک عرضی نسبت به مرحوم شیخ داشتیم یک مقدارش ناقص بیان شد، این جلسه مقداری بیشتر توضیح می دهیم؛ بحث این بود که شخص فضولی، عبدی را در مقابل فرس فروخته است (معامله اول)؛ مشتری هم آن عبد را به کتاب فروخته است (معامله دوم)؛ آن شخص سوم هم عبد را به دینار معامله کرده است (معامله سوم)؛ بعداً مالکِ عبد، معامله دوم (عبد به کتاب) را امضاء کرده است. معامله سوم بحثش گذشت.

ص: ۷۹۲

بررسی معامله اول

مرحوم شیخ می فرماید: (۱) امضای بیع دوم توسط مالک اصلیِ عبد، فسخ معامله اول حساب می شود، مالکِ عبد که معامله دوم را امضاء کرده، معنایش این است که معامله اول را امضاء نمی کند. و در این صورت آن شخص سوم که کتاب را داده و عبد را مالک شده، باید معامله اول را امضاء کند چون با اجازه ی مالک اصلی، این شخص سوم، مالک عبد شده است؛ منتهی مبتنی است بر اینکه ما در مجیز، ملکیت حین العقد را شرط ندانیم و الّا این شخص سوم، حق اجازه ندارد. این بحث شبیه بحث «من باع شیئاً ثم ملک» است که ملکیت حین العقد در آن شرط نیست و با اجازه تصحیح می شود.

اشکال به مرحوم شیخ

برای تکمیل اشکالی که جلسه قبل به فرمایشات مرحوم شیخ داشتیم، عرض کنیم که: آن شخص سوم (صاحب کتاب) نمی تواند معامله اول را امضا کند چون بعد از معامله عبد با کتاب، در عقد دیگری عبد را در مقابل دینار فروخته و بعداً که مالک اصلی آمده معامله عبد با کتاب را اجازه داده، بنابر کشف، این شخص ثالث از همان زمان عقد دوم، مالک عبد شده بود و در

معامله سوم (عبد به دینار) مال خودش را فروخته است و صاحب دینار، مالک جدید عبد است نه کسی که مالک کتاب بوده، و این مالک جدید باید معامله اول را اجازه دهد منتهی طبق این مبنا که ملکیت حین العقد شرط نباشد.

ص: ۷۹۳

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۶۹.

اما بنابر نقل آن کسی که کتاب را داده و عبد را خریده، حین الاجازه مالک عبد شده است؛ حال اگر ملکیت حین العقد را شرط بدانیم این شخص سوم هیچ کدام از معامله اول و سوم را نمی تواند اجازه بدهد و اگر ملکیت حین العقد را شرط ندانیم این شخص می تواند آن معامله ی خودش (عبد با دینار) را اجازه دهد و به وسیله ی این اجازه، کسی که دینار را داده، مالک جدید عبد می شود و می تواند معامله اول را اجازه دهد و اگر ملکیت حین العقد برای مجیز شرط باشد، این مالک قبلی دینار هم حق اجازه ی معامله اول را ندارد. به هر حال آن مالک کتاب، علی کل تقدیر حق اجازه ندارد به خاطر اینکه اگر ملکیت حین العقد شرط نباشد، ملکیت عبد به مالک دینار منتقل شده است و اگر ملکیت حین العقد شرط باشد هیچ کدام از مالک کتاب یا مالک دینار حق اجازه ندارند.

خلاصه که مالک دینار، روی مبنای کشف اجازه اش صحیح است. روی مبنای نقل هم در صورت عدم اشترط ملکیت حین العقد، اجازه ی او صحیح است ولی مالک کتاب اصلا حق اجازه بیع اول را ندارد. (حضرت استاد در جلسه قبل فرمودند: بنابر نقل، بعد از اینکه مالک اصلی، معامله دوم را اجازه داد، دو مبنا وجود دارد یکی اینکه عبد خود به خود به ملک صاحب دینار منتقل می شود و معامله سوم نیاز به اجازه ندارد که در این صورت صاحب کتاب نسبت به معامله اول هیچ کاره است و صاحب دینار باید معامله اول را اجازه دهد. و مبنای دوم این است که معامله سوم منوط به اجازه است که در این صورت شخصی که کتاب را داده و عبد را گرفته، مخیّر می شود می تواند معامله سوم یا معامله اول هر کدام را که خواست اجازه دهد. البته در صورتی که ملکیت حین العقد شرط نباشد.)

اما عرض ما این است که مرحوم شیخ که قائل به کشف هستند نباید بفرمایند در صورت عدم اشتراط ملکیت حین العقد، مالک کتاب، حق اجازه بیع اول را دارد چون بنابر کشف عبد به ملک مالک دینار منتقل شده و او حق اجازه دارد.

بررسی عقود واقع شده بر عوض مال مجیز

« و أمّا العقود الواقعه علی عوض مال المجیز فالسابقه علی هذا العقد و هو بیع الفرس بالدرهم یتوقّف لزومها علی إجازه المالک الأصلی للعوض و هو الفرس و اللاحقه له أعنی بیع الدینار بجاریه تلزم بلزوم هذا العقد.» (۱)

فرمایش بعدی مرحوم شیخ این است که این اجازه معامله دوم (کتاب با عبد)، نسبت به معاملاتی که به روی عوض العبد واقع شده، چه اثری دارد؟ عبارت ایشان یک قدری مندمج است؛ مفروض کلام این است که مالکِ اصلی عبد آمده عقد وسطی که روی عبد واقع شده(عبد به کتاب) را اجازه داده، حالا این اجازه نسبت به عقدهایی که روی عوض مال مجیز قرار گرفته، چه اثری دارد؟ عقود سابقه و عقود لاحقه هر دو باید بررسی شود؛ عقود سابقه مثل این که بعد از معامله اول (عبد با فرس)، مشتری آمده فرس را در مقابل دینار فروخته است. و عقود لاحقه مثل این که بعد از معامله عبد با کتاب، در معامله دیگری عبد با دینار معامله شده و در معامله دیگری دینار با جاریه معامله شده است. در اینجا تعبیر ایشان این گونه است «اما العقود الواقعه علی عوض مال المجیز» خلط نشود اجازه به عوض مال مجیز واقع نشده، فرض اجازه بر روی خود مال مجیز است (عبد با کتاب) «أما العقود الواقعه علی عوض مال المجیز فالسابقه علی هذا العقد» مراد از «هذا العقد» عقد مجاز است (عبد با کتاب) و آنکه سابق بر عقد مجاز هست معامله عبد با فرس می باشد حالا این فرس که عوض قرار گرفته در یک معامله ای در مقابل دینار فروخته شده باشد. این عقد فرس با دینار آن عقد سابقی است که بر عوض مال مجیز واقع شده که باید بررسی شود و عقود لاحق بر عقد مجاز مانند اینکه بعد از معامله ی عبد با دینار، در یک عقد دیگری دینار با جاریه معامله شود؛ در این عقد، عوض مال مجیز در مقابل جاریه معامله شده است.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۷۰.

حکم این عقود این است که اجازه ای که نسبت به عقد عبد با کتاب واقع شده، نسبت به عقود سابقه ی بر عوض مال مجیز(معامله فرس با دینار) هیچ نقشی ندارد و مالک اصلی فرس، باید آن را اجازه دهد. اما راجع به عقود لاحقه (دینار با جاریه) باید گفت: اجازه ای که مالک داده نسبت به معامله عبد با کتاب، نتیجه اش این می شود که کسی که کتاب را داده و عبد را مالک شده، با اجازه مالک، ملکیتش درست شود و او در معامله بعدی (عبد با دینار)، ملک خودش را فروخته است، لذا آن هم صحیح می شود بعد هم که دینار با جاریه معامله شده، آن هم صحیح می شود. البته روی مبنای کشف صحیح می شود؛ روی مبنای نقل تفصیل دارد.

بررسی عقود واقع شده بر مال مجیز یا عوض مال مجیز ۹۴/۰۲/۱۶

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: بررسی عقود واقع شده بر مال مجیز یا عوض مال مجیز

[برای روشن تر شدنِ بحث، در ابتدا عقود مترتبه بر عقد فضولی را ذکر می کنیم:

الف: معامله هایی که بر روی مالِ مجیز واقع شده است:

معامله اول: شخصِ فضولی عبدِ کسی را داده و فرسِ زید را گرفته است.

معامله دوم: زید، عبد را داده و کتابِ عمرو را گرفته است.

معامله سوم: عمرو، عبد را داده و یک دینار از علی گرفته است.

معامله چهارم: عمرو دینار را داده و یک جاریه گرفته است.

ب: معامله هایی که بر روی عوضِ مالِ مجیز واقع شده است:

معامله پنجم: فضولی، فرس را که عوضِ عبد بود، داده و درهمی گرفته است.

ص: ۷۹۶

معامله ششم: فضولی، درهم را که عوضِ عوضِ عبد بود، داده و رغیف (قرصِ نان) گرفته است.

معامله هفتم: درهم در مقابل حمار معامله شده که باز بیعِ عوضِ عوض است.

معامله هشتم: فضولی، رغیف را که عوضِ عوضِ عوضِ عبد بود، داده و عسل گرفته است]

در فرضی که مجیز معامله دوم (عبد به کتاب) را امضا کند، نسبت به معامله سوم، مسأله ی «من باع شیئاً ثمّ ملکه» مطرح می

شود که دو نظریّه در آن است:

نظریه اول: کسی که (عمرو) در معامله دوم بعد از اجازه، مالک عبد شده، احتیاج است آن معامله سوم را امضاء کند.

نظریّه دوم: در معامله دوم بعد از اجازه، به نفس مالکیتِ این شخص (عمرو) بر مبیع، آن مبیع بدون احتیاج به اجازه، خودبه خود به ملک بعدی(علی) انتقال پیدا می کند و احتیاج به فروش نیست.

بیان یک نکته در کلمات مرحوم شیخ

مرحوم شیخ قائل به نظریه اول است. ولی یک نکته ای که خیلی روشن در کلمات مرحوم شیخ بیان نشده اما از لابلای کلماتش فهمیده می شود این است که آن کسی که فضولتاً عقد کرده، به مقتضای «أوفوا بالعقود» (۱) تعهد دارد عقدی که بجاآورده، مقدماتش را فراهم کند. در نتیجه چیزی را که به دیگری فروخته، وقتی به ملکش در آمد باید به مشتری تملیک کند و این طور نیست که وقتی مالک شد بگوید آن معامله بعدی را امضا نمی کنم.

تطبیق: در ما نحن فیه که معاملات مختلف واقع شده، وقتی مالک، معامله دوم (عبد با کتاب) را اجازه داد، شخصی که کتاب از دستش خارج شده (عمرو)، مالک جدید عبد می شود و این شخص چون قبلا در عقدی عبدش را به دینار فروخته (معامله سوم)، به مقتضای اوفوا بالعقود از نظر تکلیفی ملزم است آن معامله سوم را امضا کند ولی اگر به این الزامش عمل نکرده و خواست معامله اول(عبد به فرس) را امضا کند ولو از نظر تکلیفی صحیح نیست امّا از نظر وضعی، صحیح و نافذ است.

ص: ۷۹۷

۱- مائده / ۱.

اجازه کردنِ عقدِ واقع شده بر عوضِ مالِ مجیز

در بحث قبل مجیز عقدی را که بر روی مال خودش واقع شده بود اجازه می داد ولی اینجا این فرع بررسی می شود که مجیز، عقدِ وسطی که بر روی عوضِ مال، واقع شده را امضا می کند که در این صورت این عقد وسط، صحیح و لازم می شود و لازمه اش آن است که عقود سابق بر این عقد یعنی معامله پنجم و اول هم امضا شود و صحیح و لازم باشد اما عقود متآخّره نه؛ حکم در اینجا عکس بحث قبل است که مجیز، عقد واقع بر مال خودش را امضا می کرد. «أما إجازه العقد الواقع علی العوض أعنی بیع الدرهم برغیف فهی ملزمه للعقود السابقه علیه»مجیز، عقد درهم به رغیف (معامله ششم) را امضا کرده که قبل و بعد از آن عقود دیگری واقع شده است. عقود سابقه یکی عقدی است که روی خودِ ملکِ مالک واقع شده (عبد به فرس)، و دیگر عقدی است که روی عوضِ مالِ مالک واقع شده (اسب با درهم)؛ اگر مجیز، بیع (درهم به رغیف) را اجازه داد تمام آن معامله های قبلی چه موضوع آن، عبد باشد یا موضوعش عوض العبد باشد، همه ی آنها هم امضاء می شود. چون الان درهم را که می خواهد مالک شود باید معاملات قبلی صحیح باشد. و معنایِ اجازه ی این معامله ششم عبارت از تنفیذ معاملات متقدّم است. و اجاز ه ی فرع، اجازه برای اصل هم هست اگر چند تا اصل دارد همه آن اصلها که این متفرع بر آنهاست، آنها هم امضا می شود. شبیه آن چه که در اعتقادات است مثلا اعتقاد به ولایت امیر المؤمنین ، اعتقاد به اصول قبلی مانند نبوت پیامبر و توحید هم است. اما عکس آن درست نیست.

«إجازه العقد الواقع على العوض أعنى بيع الدرهم برغيف فهى ملزمه للعقود السابقه عليه، سواء وقعت على نفس مال المالك أعنى بيع العبد بالفرس أم على عوضه و هو بيع الفرس بالدرهم» بیع (درهم به رغيف) که مورد اجازه قرار گرفته، این دوتای دیگر هم بالملازمه مورد اجازه قرار می گیرد. و عقود لاحقه بيع (درهم به حمار) را هم با اجازه تصحیح می کند چون با امضای بیع (درهم به رغیف) آن طرفِ مقابل، مالک درهم می شود و این مجیز هم مالک رغیف می شود که بنابر کشف — که مختار مرحوم شیخ بود — مالکِ درهم از همان وقتِ عقد، مالکِ درهم می شود و موقعه ای که درهم را با حمار معامله کرده، ملک خودش را فروخته است. پس عقود سابقه حالا عوض باشد یا عین مال باشد آنها تنفیذ می شود و عقدی هم که به معوّض (درهم) است (درهم به رغیف) آن هم تنفیذ می شود. « أمّا الواقعه على هذا البدل المجاز أعنى بيع الرغيف بالعسل فحكمها حكم العقود الواقعه على المعوّض ابتداءً» اما معامله ی (رغیف به عسل) که متأخر از بیع درهم به رغیف است آن تنفیذ نمی شود و حکمش، حکمِ عقدی است که ابتدا به ساکن بر مالِ مالکِ اصلی واقع شده و منوط به اجازه مستقل است.

اشکال در جریان اصاله الصحه در عقود سابقه

اینجا یک مطلبی که نیاز به مراجعه و بررسی دارد این است که چه ملازمه ای بینِ بیع درهم به رغیف با عقود سابقه است که اجازه این، اجازه آن عقود سابقه هم است؟ اشخاصی که معاملات فضولی می کنند و خودشان را مالک فرض می کنند این مگر وجود خارجی ندارد؟ غاصب ادعاءً می گوید این درهم مال من است و آنرا با رغیف معامله می کند ادعای مالکیت توسط غاصب، لازمه اش این نیست که موافقت کرده آن عقدهایی هم که قبلاً واقع شده، مال او باشد و نمی تواند بگوید با عقد های قبلی موافقت کردم. بر خلاف مالک اصلی که وقتی واقعاً درهم، مال او شد به این معنا است که آن قبلی ها هم ملکش شده بوده و معاملات صحیح بوده است. اجازه هم می تواند ادعایی باشد و هم غیر ادعایی و لازمه اجازه ی ادعایی این نیست که اجازه به عقود سابقه هم باشد. و لازمه این انشاء، انشاء بقیه نیست.

آیا اصاله الصحه در این موارد جاری است؟ می توان گفت الان که به عنوان مالک می فروشد، واقعاً هم مالک است؛ و آثار مالکیت بار می شود؟ یک زمینی که مالکش معلوم نیست، در ید کسی هم نیست که قاعده ید جاری شود اگر یک نفر یا دو نفر که قول آنها حجّت نیست — و معامله وثاقت و عدالت با آنها نمی شود - بیایند این زمین را به دیگری بفروشند و آن هم قبول کند، آیا صرف اینکه معامله کردند این گفت فروختم آن هم گفت قبول کردم آیا بنای عقلاء یا حکم شرعی این است که او را مالک فرض می کنند؟ نمی گویند از کجا می گوید مال من است ؟ نقل و انتقالش را صحیح می دانند؟

اصاله الصحه راجع به این که خطا کرده یا خطا نکرده آن اصل عدم خطا، اصل عقلائی است که ربطی به مؤمن و مسلم ندارد یک اصل کلی است مگر غیر ضابط، که درباره آن جاری نیست. ولی در مسئله تعمّد نمی توان اصاله الصحه را جاری کرد و نقل و انتقال صورت نمی گیرد چون فرض این است که قولش متبع نیست و «صدّق العادل» آن را نمی گیرد.

پرسش: اگر یک کسی بگوید من فلان چیز را فروختم مردّد باشد بین اینکه ملک خودش باشد یا ملک غیر آیا ظهور عرفی اش این نیست که ملک خودش را دارد می فروشد؟ پاسخ: این که شما می فرمایید مطلب دیگری است بله ظاهر اشخاص این نیست که غاصب باشند و اموال دیگران را بخورند، موارد غصب نادر است. آنجا ممکن است بگوییم اماره داریم که ملک خودش است، چون غالب اشخاص جرأت نمی کند ملک دیگری را بفروشند ولی اگر شخصی اهل غصب است ولی الان نمی دانیم غاصب است یا نه، اصلی نداریم که اثبات کند مال خودش را می فروشد. اصاله الصحه را کلی نمی شود جاری کرد حالا اماره داشته باشیم آن بحث دیگری است.

« و ملخّص ما ذكرنا: أنّه لو ترتّبت عقود متعدّده مترتّبه على مال المجيز، فإن وقعت من أشخاص متعدّده كان إجازه وسط منها فسخاً لما قبله و إجازه لما بعده على الكشف، و إن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر و لعلّ هذا هو المراد من المحكى عن الإيضاح و الدروس فى حكم ترتّب العقود: من أنّه إذا أجاز عقداً على المبيع صحّ و ما بعده، و فى الثمن ينعكس؛ فإنّ العقود المترتّبه على المبيع لا يكون إلّا من أشخاص متعدّده، و أمّا العقود المترتّبه على الثمن، فليس مرادهما أن يعقد على الثمن الشخصى مراراً » (۱)

مرحوم شیخ می فرماید: اگر عقود کثیره از اشخاص متعدّد صادر شود، اجازه متقدّم، اجازه متأخّر هم هست اما اگر عقود مختلفه از شخص واحد صادر شود، اجازه متأخّر، اجازه متقدّم هم است. بعد می فرماید در ایضاح و دروس هم که ذکر شده اگر اجازه روی مبیع آمد، این اجازه مبیع، نسبت به متأخّرها هم اجازه هست این شاید به خاطر این است که عقود مختلف بر روی مبیع، معمولا از اشخاص مختلف صادر می شود. و این که گفته اند اگر اجازه روی ثمن قرار گرفت، عقود سابقه هم نافذ است این به خاطر این است که معمولا عقود مختلف بر روی ثمن از یک شخص صادر می شود. و الا اگر چند نفر روی ثمن (عوض مال مجیز)، معامله کرده باشند این طور نیست که امضای عقد وسط، امضای عقود سابقه هم باشد و شبیه عقود واقع شده بر روی مبیع (عبد) می شود. با این توجیه، حرف ایضاح و دروس به حرف ما بر گشت می کند.

ص: ۸۰۱

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۷۱.

إشكالٌ فی شمول الحکم بجواز تتبّع العقود ۹۴/۰۲/۱۹

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: إشكالٌ فی شمول الحكم بجواز تتبّع العقود

مرحوم شیخ می فرماید (۱) :

«ثمّ إنّ هنا إشكالًا فی شمول الحكم بجواز تتبّع العقود لصوره علم المشتری بالغصب، أشار إليه العلّامه رحمه اللّه فی القواعد، و أوضحه قطب الدين و الشهيد فی الحواشی المنسوبه إليه».

بررسی عبارت علامه در قواعد

علامه در قواعد (۲) : « فبیع الفضولیّ موقوف علی الإجازه علی رأی، و كذا الغاصب و إن كثرت تصرّفاته فی الثمن بأن يبيع الغصب و يتصرّف فی ثمنه مرّه بعد اخری. و للمالك تتبع العقود و رعايه مصلحته، و مع علم المشتری إشكال». فخر المحققين می گويد هر جايی علامه «علی رأی» می گويد يعنی علی رأی من.

ظاهر عبارت اين است كه اگر عقود متعدده در باب فضولی واقع شد مربوط به ملكِ مالك يا عوضِ آن، مالك اصلی می تواند مصلحت سنجی كند و هر كدام را كه خواست امضا كند البته در صورتی كه مشتری جاهل باشد «و مع علم المشتری اشكال» اما اگر مشتری عالم است، فی تتبع العقود اشكالٌ.

سه احتمال در «و مع علم المشتری اشكالٌ»

احتمال اول: راجع به خصوص غاصب باشد يعنی «مع علم المشتری بأنّ البايع غاصبٌ».

احتمال دوم: علم كلی دارد كه بايع، فضولی است؛ اختصاص به خصوصِ غصب ندارد.

احتمال سوم: به اصل مطلب قبلی بخورد كه فرمود «بيع الفضولی موقوف علی الاجازه» يعنی مع علم المشتری مربوط باشد به همان عقد فضولی اول نه اينكه مربوط باشد به تتبع عقود. و اين طور معنا می شود كه بيع فضولی، موقوف است در صورتی كه مشتری به فضوليّت، جاهل باشد.

ص: ۸۰۲

۱- مكاسب، شيخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۷۱.
۲- قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۱۹.

آقايان معمولاً اين را به صورت غصب، اختصاص داده اند، ولی بعيد نيست كه مراد، كلی فضولی باشد چه صورت غصب چه

غیر صورت غصب؛ در هر دو صورت بین علم و جهل مشتری، فرق است. به هر حال با این همه فاصله، احتمال سوم بعید است. محقق ثانی در جامع المقاصد احتمال سوم را داده ولی خودش گفته بعید است (۱)

کلام مرحوم قطب الدین

دوتا قطب الدین معروف در طبقه علامه هست یکی قطب الدین شیرازی است که سنی بوده و دیگری قطب الدین رازی است که شاگرد علامه و شیعه بوده بر خلافِ صاحبِ روضات که خواسته بگوید سنی است. و در اینجا مراد قطب الدین رازی است. ایشان در تفسیر «و مع علم المشتری إشکالٌ» عبارتی دارد که دو احتمال در آن است:

احتمال اول: مربوط به تتبع عقود نیست؛ راجع به همان عقد اولی است که فضولی یا غاصب انجام می دهد و مشتری می داند که این عقد، فضولی یا غصبی است حال اگر مالک بخواهد این عقد را اجازه دهد فیه اشکالٌ.

یعنی علامه که در اول عبارت گفته «بیع الفضولی موقوفٌ» و در ادامه تتبع عقود را ذکر کرده و بعد فرموده «مع علم المشتری إشکالٌ» این دوباره برگردد به همان موقوف.

احتمال دوم: مراد صورت تتبع است منتهی اشکالِ صورتِ تتبع به مناطی است که در عقد اول هم می آید و چون قبلش مسئله تتبع را ذکر کرده به تناسب آن گفته در صورت تتبع اگر علم داشت فایده ندارد و محل اشکال است. در اینجا ولو موضوع راجع به تتبع است ولی اشکال، در عقد اول هم می آید.

ص: ۸۰۳

۱- جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، ص ۶۸.

به نظر می رسد قطب الدین و شهید اول این احتمال دوم را خواسته اند در تفسیر کلام علامه بگویند. و بعید است مرادشان احتمال اول بوده باشد.

بررسی «إشکالٌ» در صورت تلف و عدم تلف

اما چرا راجع به تتبع عقود مع علم المشتری اشکالٌ؟ یک چیزی کأنّ اصحاب قائل شده اند که اگر مشتری می داند که بایع، غاصب است، با این حال معامله کرد و پولی به غاصب داد، غاصب می تواند با آن پول، معامله ملکیت کند و این پول از اختیار مشتری، خارج می شود و دیگر حق مراجعه و استرداد آن پول را ندارد. منتهی در اینجا دو نظریه هست:

نظریه اول (مشهور): مطلقا نمی تواند پس بگیرد چه تلف شده باشد چه موجود باشد.

نظریه دوم: بعضی ها مثل فخر المحققین می گویند أصحّ این است که بعد از تلف نمی تواند پس بگیرد (۱) والّا اگر موجود باشد می تواند پس بگیرد. از کلام جامع المقاصد استفاده می شود که نظر علامه هم همین است.

به هر حال قدر متیقّن این است که در صورت تلف یا با حکم تلف نمی تواند پس بگیرد. و در موقعی که موجود است محل حرف است. وجهی که قطب الدین ذکر می کنند همین مطلب است که اگر تلف شده باشد دیگر حق استرداد ندارد بنابراین مالک حقیقی نمی تواند اجازه دهد.

اما اگر موجود باشد آیا مالک حقیقی می تواند اجازه دهد که در نتیجه آن ثمن به ملکش داخل شود یا خیر؟ اینجا دو وجه هست:

۱- إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۱، ص ۴۱۶.

وجه اول: چون مشتری با علم به غصبیّت آمده معامله کرده و پول را به بایعِ غاصب داده و بعد هم غاصب با آن پول، یک چیز دیگری خریده و پول را به شخص ثالث تسلیم کرده، این حکم اتلاف را دارد و مالک ثمن نمی تواند آنرا پس بگیرد در نتیجه مالک اصلی هم نمی تواند آن معامله را اجازه دهد.

وجه دوم: چون تلف خارجی نشده، حکم تلف را ندارد و صاحب ثمن می تواند مراجعه کند، آن مالک اصلی مبیع هم می تواند این را اجازه دهد برای اینکه هنوز به حدّ تلف نرسیده است.

کلام قطب الدین رازی

مرحوم شیخ می فرماید: «قال الاول» یعنی قطب الدین «فیما حکی عنه إن وجه الإشکال» اشکالٌ که می گوید کأنّ محتمل الوجهین است «إن وجه الإشکال أن المشتری مع العلم یکون مسلطا للبائع الغاصب علی الثمن» بایع را مسلط کرده و لذا در صورت تلف کأنّ مسلم است که رجوع نمی شود کرد «و لذا لو تلف لم یکن له الرجوع و لو بقی ففیه الوجهان» یکی این هست که «لا تنفذ فیه إجازه الغیر بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمنا عن مبیع اشتراه» همین که ثمن را به بایع غاصب داد و با این کارش او را بر ثمن مسلط کرد، این حکم تلف را پیدا می کند و اشکال دارد «و من أن الثمن عوض عن العین المملوکه و لم یمنع من نفوذ الملک فیه إلا عدم صدوره عن المالک فإذا أجاز جری مجری الصادر عنه» یا بگوییم که حکم تلف را ندارد، می تواند استعاده کند و چون مشتری می تواند استعاده کند مالک اصلی هم می تواند این معامله را تنفیذ کند و ثمن، مال خودش شود. حالا این عبارت قطب الدین خیلی روشن نیست که عقد ثانی، مراد است یا عقد اول.

ص: ۸۰۵

کلام شهید اول

شهید اول در حواشیی که نقل شده کمی مبسوط تر بحث کرده است؛ فرض این است که غاصب، عینی را به مشتری فروخته و مشتری هم ثمن را تحویل غاصب داده و بعد غاصب آمده با آن ثمن یک معامله دیگری انجام داده است؛ فیه إشکال یک تقریب این است که معامله دوم در آن اشکال هست. یک تقریب دیگر این است که معامله اول در آن اشکال هست که در نتیجه معامله دوم هم اشکال دار می شود.

وجه اینکه معامله دوم با اجازه قابل تصحیح نباشد همان طور که اصحاب گفته اند این است که بعد از تلف نمی شود رجوع کرد، معامله دوم که واقع شد و غاصب آن پولی را که گرفته بود به شخص ثالث داد، این دیگر تلف شده و غاصب، مالک آن مبیع می شود و آن ثمن دیگر ملکِ صاحبِ ثمنِ اول نیست تا مالکِ اصلی بیاید با اجازه مال خودش کند. این یک وجه که عقد دوم را باطل می کند.

یک وجه دیگر برای این که عقد اول، باطل می شود این است که مشتری که ثمن را می دهد و علم به غصب دارد در واقع قصد معاوضه ندارد، به عنوان ثمن معامله نمی دهد؛ پول را می دهد که مبیع را استنقاذ کند می خواهد مبیع را از چنگ بایع در بیاورد و چون او همین طوری نمی دهد این پول می دهد و مبیع را می گیرد. در باب فضولی باید معاوضه ای شده باشد که مالک اصلی آن را اجازه دهد اما اینجا چون در معامله اول، قصد معاوضه نبوده، با اجازه تصحیح نمی شود. قهراً دومی هم باطل است.

ص: ۸۰۶

«و قال فی محکی الحواشی إن المشتری مع علمه بالغصب یکون مسلطا للبائع الغاصب علی الثمن فلا یدخل فی ملک رب العین» اگر ثمن را نداده بود فقط همین طوری قرار گذاشته بودند آن بایع غاصب، مالک نشده بود. ولی اگر تسلیط خارجی شد غاصب، مالک می شود بنابراین رب الثمن می شود و دیگر رب العین (کسی که مالک آن عین بوده و غاصب آمده عین او را فروخته) نمی تواند مالک ثمن شود «إن المشتری مع علمه بالغصب یکون مسلطا للبائع الغاصب علی الثمن فلا یدخل فی ملک رب العین فحینئذ إذا اشتری به البائع متاعا» بایع غاصب «فقد اشتراه لنفسه» پول را که داده دیگر این پول از اختیار خارج شده و صاحب ثمن اصلی بعد از تلف دیگر نمی تواند استعاده کند و حکم تلف را دارد. شبیه به هبه غیر معوض یا غیر ذی رحم که طرف مالک شده ولی تا تلف نشده می تواند برگردد ولی بعد از تلف دیگر نمی تواند برگردد اینجا هم چون بعد از اینکه به دیگری داده، معامله دیگری واقع شده، حکم تلف دارد دیگر مالک ثمن اصلی نمی تواند از آن شخص ثالث پس بگیرد از دست غاصب هم که خارج شده است. پس با تسلیط، بایع، مالک می شود و با معامله ثانوی حکم تلف را پیدا می کند و نمی تواند استعاده کند «فحینئذ إذا اشتری به البائع متاعا فقد اشتراه لنفسه و أتلفه عند الدفع إلی البائع فتتحقق ملکیته للمبیع فلا یتصور نفوذ الإجازه فیها» تأثیر اجازه مالک اصلی برای ملک در عقد دوم، قابل تصویر نیست ولو در عقد اول بگوییم ممکن است. در عقد دوم، تلف شده و نمی تواند استعاده کند ولی در عقد اول، ممکن است گفته شود چون مشتری می تواند استعاده کند آن مالک اصلی هم که با اجازه می تواند ملک خودش کند پس اجازه مؤثّر است. ولی در این عقد دوم «لا یتصور نفوذ الإجازه هنا لصیرورته ملکا للبائع و إن أمکن إجازه البیع» ولو آن بیع اول را می شد اجازه دهد ولی حالا که این بیع دوم واقع شده دیگر به درد نمی خورد. این یک وجه که عقد دوم باطل است. وجه دیگر این است که اصلاً عقد اول درست نیست به خاطر این که اصلاً از اول ملکیتی نیامده، معاوضه ای در کار نبوده، فقط تسلیط خارجی است که مقدمه برای استنقاذ بوده است قهراً با اجازه تصحیح نمی شود چون در صورت اجازه، اجازه ی عقد نیست؛ اجازه ی شیءِ غیر عقدی است «مع احتمال عدم نفوذها أیضا» عدم نفوذ اجازه نسبت به آن بیع اول «لأن ما دفعه إلی الغاصب کالمأذون له فی إتلافه» نه به عنوان اینکه ثمن معامله باشد «فلا یکون ثمنا» ثمن که نشد معاوضه ای در کار نیست وقهرا اجازه هم تأثیر ندارد چون اجازه باید به معاوضه باشد «فلا تؤثر الإجازه فی جعله ثمنا» ثمن برای خودش قرار دهد. بنابراین اشکالی که علامه ذکر کرده ممکن است در اصل بیع باشد ممکن است در بیع دوم باشد که تتبع آنها هست «فصار الإشکال فی صحه البیع و فی التتبع» بعد هم شهید اول در ادامه فرموده که « مع علم المشتری اشکال» مربوط به تتبع است، ظاهرش این معامله ثانی است ولی ملاک بطلان آن معامله ثانی اگر ما بگوییم به خاطر این است که ثمن قرار نگرفته، این قهراً سرایت می کند به اولی و آن را هم خراب می کند «ثم قال إنه یلزم من القول ببطلان التتبع» بطلان التتبع به مناطی که دوم ذکر کرد «بطلان إجازه البیع فی المبیع لاستحاله کون المبیع بلا ثمن فإذا قیل إن الإشکال فی صحه العقد کان صحیحا أیضا» بگوییم غیر از مسئله تتبع در خود عقد اول هم اشکال هست این هم درست است.

بررسی کلام فخرالمحققین در إیضاح ۹۴/۰۲/۲۰

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: بررسی کلام فخرالمحققین در إیضاح

کلام شهید اول

در مورد «مشتری که عالماً بالغصب، با غاصب معامله می کند»، دو احتمال در فرمایش شهید اول بیان شده بود:

احتمال اول: قصد معاوضه دارد و ثمن را به غاصب تسلیم می کند بعد که غاصب با آن ثمن معامله دومی انجام داد این در حکم تلف است و بعد از تلف حق رجوع ندارد.

احتمال دوم: قصد معاوضه ندارد و چون غاصب همین طوری مجانی آن عین مغصوبه را تحویلش نمی دهد، برای استنقاذ آن، ثمن را به غاصب می دهد.

بنابر احتمال اول که قصد معاوضه دارد، قبل از تلف، غاصب مالک نشده و مالک اصلی می تواند آن را اجازه دهد اما بعد از تلف (غاصب که معامله دوم را انجام داد، ثمن را مالک شده و این در حکم تلف است) دیگر مالک اصلی نمی تواند معامله اول را تنفیذ کند (و ثمن را مالک شود چون ثمن به ملکِ غاصب در آمده است). و بنابر احتمال دوم که فقط مقدمه برای استنقاذ است، معاوضه ای نشده که مالک اصلی بخواهد آن را اجازه دهد.

نقد کلام شهید اول

این دو احتمال در کلام شهید اول به صورت تردید بود که در همه موارد یا احتمال اول است یا احتمال دوم امّا به نظر می رسد که باید بین موارد تفصیل قائل شد در بعضی از موارد احتمال اول است و در بعضی از موارد احتمال دوم؛ یعنی در بعضی از موارد، قصد معاوضه و انشاء هست و در بعضی از موارد قصد معاوضه و انشاء نیست.

ص: ۸۰۸

مثال اول (وجود معاوضه): رضاخان اموال مازندرانی ها را به زور می گرفت قانونیش هم می کرد یک پول مختصری می داد انشاء ملکیت هم می شد، این معاوضه و انشاء هست - حالا معاوضه ی خلاف شرع است آن یک بحث دیگری است. — این موارد قابل اجازه است.

مثال دوم(عدم معاوضه): در بعضی از موارد، شخص، سارق است، مالِ اشخاص را به زور می چاپد و تا پولی به او داده نشود مال را نمی دهد، اینجا انشاء و معاوضه ای در کار نیست فقط مقدمه برای اخذ است. این موارد قابل اجازه نیست.

و اگر شک کردیم معاوضه بوده یا معاوضه نبوده، اصاله الفساد جاری است چون استصحاب اقتضاء می کند که معاوضه ای

صورت نگرفته؛ قهراً امضائش اشکال پیدا می کند.

کلام فخرالمحققین در إیضاح

« و المحکیّ عن الإیضاح: ابتناء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالک مع علم المشتری علی کون الإجازه ناقله، فیکون منشأ الإشکال فی الجواز و العدم: الإشکال فی الکشف و النقل...»

نظر مرحوم فخرالمحققین این است که عقد فضولی با امضاء قابل تصحیح نیست ولی بنابر مبنای صحت ، ایشان در مسئله کشف و نقل، مختارش نقل است و می گوید اجازه یا به نحو شرط است یا به نحو سبب و در هر دو صورت بعد از تحقّق اجازه، نقل و انتقال واقع می شود نه اینکه کشف کند از وقتِ عقد، نقل و انتقال واقع شده بود. و در مسأله ما نحن فیه ایشان اجازه تتبع عقود با فرض علم مشتری به غصبیّت را بنابر کشف صحیح می داند اما بنابر نقل، اجازه را نافذ نمی داند با این بیان که:

ص: ۸۰۹

بنابر نقل: اگر مشتری، غاصب را بر ثمن مسلط کرد اصحاب فتوی داده اند بعد از تلف، حق استرداد ندارد کأنّ غاصب، مالک شده است و از طرف دیگر از نظر زمان، تسلیط مقدم بر اجازه است روی این حساب اجازه دادن مالک اصلی نافذ نیست و ثمن را مالک نمی شود به خاطر این که قبل از اجازه، ثمن از ملکِ صاحب ثمن خارج شده و ملک غاصب شده است.

بنابر کشف: اجازه نافذ است به خاطر این که بنابر کاشفیت، از همان زمان عقد، ثمن داخل ملک مجیز می شود و تسلیط بعد از عقد است - به نحو علت و معلول نیست که به نفس عقد، تسلیط حاصل شود تأخّر زمانی دارد – و چون از نظر زمان، مالکیت برای مجیز تقدّم دارد بر تسلیط قهراً اجازه صحیح خواهد بود.

«و یحتمل أن یقال: لمالک العین حقٌّ تعلّق بالثمن، فإنّ له إجازه البیع و أخذ الثمن، و حقّه مقدّم علی حقّ الغاصب، لأنّ الغاصب یؤخذ بأخسّ أحواله و أشقّها علیه، و المالک بأجود الأحوال»

در ادامه مرحوم فخر المحققین می فرماید حتی بر مسلک نقل هم جا دارد کسی بگوید: اجازه نافذ است به این دلیل که غاصب ولو به وسیله تسلیط، صاحب ثمن شده ولی مالک اصلی صد در صد از این ثمن بیگانه نیست و حقی نسبت به آن دارد چرا که قبل از معامله ثانی وی حق دارد که ملک خودش (معامله اول) را اجازه دهد و ثمنی در مقابلش بگیرد پس فی الجمله مالک اصلی و غاصب بر این ثمن حقی دارند و دوران امر ما بین این است که حق مالک را در نظر بگیریم یا حق مجیز را؛ در این جا ممکن است کسی بگوید حق مالک اصلی بر حق غاصب تقدم دارد زیرا غاصب، به پست ترین و سخت ترین احوال اخذ می شود ولی مالک اصلی به نیکوترین احوال اخذ می شود.

اشکال مرحوم شیخ به کلام فخر المحققین

« و ما ذکره فی الإیضاح: من احتمال تقدیم حقّ المجیز لأنّه أسبق و أنّه أولی من الغاصب المأخوذ بأشقّ الأحوال، فلم یعلم له وجه بناءً علی النقل؛ لأنّ العقد جزء سبب لتملّک المجیز، و التسلیط المتأخّر عنه علّه تامّه لتملّک الغاصب، فکیف یکون حقّ المجیز أسبق؟» (۱)

مرحوم شیخ به قسمت اخیر این گونه اشکال می کند که تزاحم و تقدیم حق مجیز بر حق غاصب درست نیست. بلکه بر عکس، حق غاصب بر حق مالک مقدم است زیرا اصل بیع فضولی اگرچه بر تسلیط غاصب بر ثمن تقدم دارد ولی بنابر نقل، عقد، جزء سببِ ملک است و جزء دیگر، اجازه مالک است که بعد می آید و تا علت تامه نشود، ملکیت و انتقال نمی آید ولی قبل از اجازه، تسلیط که علت تامّه ملکیّت غاصب بر ثمن است آمده و وی مالک شده است در نتیجه این حق غاصب است که بر حق مالک مقدم است.

نعم یمکن أن یقال

ولی می توان گفت که صرف تسلیط باعث نمی شود که غاصب، مالکِ ثمن شود چرا که ملکیّت غاصب بر خلاف قاعده است و این که اصحاب فرمودند بعد از تسلیط، استرداد جایز نیست و تسلیط را سبب مالکیت غاصب دانستند دو احتمال در آن است یکی این که خود تسلیط، علت تامه باشد برای مالکیت غاصب و احتمال دوم این که تسلیط مشروط به ردّ و عدم اجازه بعدی، علت مالکیت باشد. و قدر متیقن کلام اصحاب، صورت ردّ و عدم اجازه ی مالک اصلی است، اما اگر ردّ نکرده و معامله را امضا کرد، غاصب، مالک نمی شود. بله بعد از تلف آن موقع مالک می شود ولی هنوز تلف نشده عینش موجود است آن مالک نمی شود پس از اول تزاحم بین حقین نیست چون مالک نشده و حق استرداد برای خود مالک ثمن هست در چنین صورتی مالک مجیز بخواهد اجازه دهد مانعی ندارد بله اگر ردّ کرد آن موقع ملکیت برای مالک غاصب حاصل می شود و دیگر بعد از آن قابل اجازه نیست.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۷۵.

عبارت فخر المحققین در ایضاح

«قال فی محکی الإیضاح إذا کان المشتری جاهلا فللمالک تتبع العقود و رعایه مصلحته و الربح فی سلسلتی الثمن و المثمن» در تتبع عقود گاهی چندتا معامله روی مبیع یا عوض مبیع واقع می شود که در صورت جهل به غاصبیت، مالک اصلی هر کدامش را صلاح دانست به نفعش است می تواند اجازه دهد «و أما إذا کان عالما بالغصب فعلی قول الأصحاب من أن المشتری إذا رُجع علیه بالسلعه لا یرجع علی الغاصب بالثمن» مشتری که آمده این متاعِ مالک اصلی را پول داده خریده بنابر قول اصحاب اگر مالک اصلی، معامله را اجازه نداد و متاع را گرفت آن ثمن کأنّ از بین رفته است و مشتری که ثمن را به غاصب تسلیط کرده حق رجوع به غاصب و حق استعاده ندارد. «مع وجود عینه» با اینکه موجود است. لازمه اش این است که تملیک مجانی کرده «فیکون قد ملک الغاصب مجانا لأنه بالتسلیم إلی الغاصب لیس للمشتری استعادته من الغاصب بنص الأصحاب» و در این صورت مالک نمی تواند اجازه دهد چون قبل از اجازه، مشتری تسلیط و تملیک کرده و غاصب، مالک شده است و زمینه برای اجازه مفقود شده «و المالک قبل الإجازه لم یملک الثمن» ایشان فضولی را صحیح نمی داند ولی روی مبنای قوم که صحیح می دانند می فرماید که قول صحیح این است که اجازه ناقل است نه کاشف. بنابراین قبل از این که اجازه بیاید از ملکیت صاحب ثمن خارج شده و دیگر مجیز نمی تواند اجازه دهد «و المالک قبل الإجازه لم یملک الثمن لأن الحق أن الإجازه شرط أو سبب فلو لم یکن للغاصب» با تسلیط، غاصب مالک می شود زیرا این را مفروغ گرفته که ثمن بعد از تسلیط از ملک مالک ثمن خارج شده مثل اعراض و چون ملک بدون مالک نمی شود، ثمن یا به ملکِ غاصب رفته یابه ملکِ مالکِ مبیع. اما به ملکِ مالک مبیع نرفته چون بنابر نقل – مختار فخر المحققین – مالک مبیع قبل از اجازه، صلاحیت مالکیت ندارد پس به ملک غاصب رفته است چرا که بلا مالک نمی تواند باشد و مثل مباحات اصلیه نیست «لأن الحق أن الإجازه شرط أو سبب فلو لم یکن للغاصب فیکون الملک بغیر مالک و هو محال فیکون قد سبق ملک الغاصب للثمن علی سبب ملک المالک له» سبب ملک مالک، اجازه است که بعد آمده ولی ملکیت غاصب قبل از اجازه است قهراً زمینه اجازه را از بین می برد «فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملکه لم یکن» حالا غاصب آمد معامله کرد روی این که قهراً تلف شد دیگر صاحب ثمن نمی تواند مراجعه کند. شبیه هبه به غیر ذی رحم که می تواند مراجعه کند ولی بعد از تلف نمی تواند «فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملکه» غاصب با آن ثمن آمد معامله ی دومی کرد «لم یکن للمالک إبطاله و یکون ما یشتری الغاصب بالثمن و ربحه له» هم آن عینی که به وسیله ثمن خریده و هم ربح، مال خود غاصب می شود «و لیس للمالک أخذه لأنه ملک الغاصب » مالک ثمن یا مالک اصلی مبیع نمی توانند اخذ کنند. این بنابر نقل «و علی القول بأن إجازه المالک کاشفه فإذا أجاز العقد کان له» اجازه کرد سبق پیدا می کند اسبق می شود و مال او می شود.

بعد می فرماید ممکن است کسی بگوید که بنابر نقل هم باز مالِ مالکِ مجیز است «و یحتمل أن یقال لمالک العین حق تعلق بالثمن» چون برای مالک عین، حق الاجازه ای هست چرا که وی قبل از معامله دوم حق دارد معامله اول را امضا کند و ثمن را دریافت کند از طرف دیگر به خاطر تسلیط، غاصب هم حقی دارد و جانب مالک را ترجیح دادن اولی است بر جانب غاصب زیرا غاصب به أشق أحوال مؤاخذه می شود «و یحتمل أن یقال لمالک العین حق تعلق بالثمن فإن له إجازه البیع و أخذ الثمن و حقه مقدم علی حق الغاصب لأن الغاصب یؤخذ بأخس أحواله و أشقها علیه و المالک مأخوذ الأحوال» بعد می فرمایند اگر معامله ثانی شده باشد در معامله ثانی از اختیار آن مالک ثمن خارج شده و مجیز هم نمی تواند آن عقد ثانی (تتبع) را تصحیح کند. ولی در عقد اول ایشان می گوید أصحّ این است که از اختیار مالک ثمن خارج نشده و حق اجازه دارد «ثم قال و الأصح عندی مع وجود عین الثمن للمشتری العالم أخذه و مع التلف لیس له الرجوع به».

بعد مرحوم شیخ بدون نکته خاصّی همان مطلب ایشان (فرق بین نقل وکشف) را ذکر می کند و می پذیرد که بنابر کشف مالک عین قبلاً مالک ثمن شده و تسلیط، متأخر از عقد است. بین عقد و مالکیت برای مجیز، علت و معلول است تأخیر زمانی ندارد ولی تسلیط، تأخر زمانی دارد قهراً آن ملک مجیز می شود. ولی بنابر نقل تأخر زمانی هست اول تسلیط می شود بعد اجازه می آید آن درست است این را قبول کرده منتهی آن ذیلش را که بنابر نقل احتمال داد حق مالک بر حق غاصب مقدم شود اشکال می کند «و ما ذکره فی الإیضاح من احتمال تقدیم حق المجیز لأنه أسبق و أنه أولی من الغاصب المأخوذ بأشق الأحوال فلم یعلم له وجه بناء علی النقل لأن العقد جزء سبب لتملک المجیز» نسبت به مجیز، عقد جزء العله است و با اجازه علت تامه می شود ولی روی مبنای نقل، تسلیط برای ملکیت غاصب، علت تامه است و با بودن علت تامه جلوی آن جزء العله دیگر گرفته می شود و زمینه تزاحم ما بین دوتا حقین وجود ندارد «لأن العقد جزء سبب لتملک المجیز و التسلیط المتأخر عنه عله تامه لتملک الغاصب فکیف یکون حق المجیز أسبق. نعم یمکن أن یقال» تزاحم نیست از اول حق غاصب مقدم است. بله ممکن است که گفته شود ملکیت غاصب در صورتی است که مالک مجیز ردّ کرده باشد، چون اصل مالکیتِ غاصب به صرف تسلیط هم در صورت ردّ و هم در صورت اجازه، هر دو خلاف قاعده است لذا به قدر متیقن از فتوای اصحاب اکتفا می شود و آن صورتی است که مالک اصلی، ردّ کرده باشد. در این صورت دیگر،آن کسی که مسلط کرده نمی تواند پس بگیرد اما در صورت اجازه، غاصب مالک نمی شود و حق مالک مقدم است و غاصب هیچ کاره است « نعم یمکن أن یقال إن حکم الأصحاب بعدم استرداد الثمن لعله لأجل التسلیط المراعی بعدم إجازه مالک المبیع» شرط مالکیت غاصب، عدم اجازه مالک است اما اگر مالک، اجازه داد، تسلیط، ملکیت نمی آورد «لا لأن نفس التسلیط عله تامه لاستحقاق الغاصب علی تقدیری الرد و الإجازه» این گونه نیست که در هر دو صورتِ اجازه و عدم اجازه، تسلیط، علت تامه برای نقل ملکیت باشد که بخواهد با حق مالک تعارض کند بلکه علیّتش مشروط به ردّ مالک اصلی است «و حیث إن حکمهم هذا مخالف للقواعد الداله علی عدم حصول الانتقال بمجرد التسلیط المتفرع علی عقد فاسد وجب الاقتصار فیه علی المتیقن و هو التسلیط علی تقدیر عدم الإجازه. فافهم».

توضیح «فافهم»: شاید راجع به این باشد که گاهی در مسئله عقد فاسد هم تسلیط موجب ملکیت می شود. در بعضی از موارد که طرف راضی نیست، تسلیط، موجب ملکیت نمی شود آن طبق قاعده است اما اگر عقد چه باطل باشد چه صحیح، طرف راضی به اصل ملکیت است صرف تسلیط خارجی هم نیست در این موارد، ادله رضا اقتضاء می کند که ملکیت، صحیح باشد. در موارد بیع فاسد که گفته می شود طرف ضامن است و مالک نمی شود خیلی از مواردش این است که مبنیا علی ملکیت، رضایت هست اینجا بگوییم صرف رضایت مطلقه داشتن کفایت می کند و اشکالی ندارد. و شبیه آنجا نیست که دزد به زور مال شخصی را گرفته و او برای استنقاذ مال، مجبور است پولی بدهد.

استدلال به سیره عقلاء برای حجیّت خبر واحد ۹۴/۰۲/۲۱

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: استدلال به سیره عقلاء برای حجیّت خبر واحد

اشکال به «استدلال به سیره عقلاء برای حجیّت خبر واحد»

یکی از ادله ای که برای حجیّت خبر واحد - خبر عادل یا خبر ثقه – به آن استدلال شده، بنای عقلاء است. در مقابل بعضی گفته اند بنای عقلاء مثل حکم عقل نیست که بدون احتیاج به مقدمه دیگری حجت باشد؛ بنای عقلاء باید از ناحیه مولا ردعی نشده باشد تا امضاء شود و حجیّت پیدا کند. چون این مقدمه جزء مقدمات حجیت بنای عقلا است یکی از ادله ای که صلاحیت دارد که رادع باشد، عمومات ناهیه عمل به ظنّ است اگر بیانی نیامده بود سکوت علامت امضاء بود، أخذ می کردیم ولی شارع مقدس به سکوت اکتفاء نکرده، نهی از عمل به ظنّ کرده است و چون خبر عادل، قطع آور نیست ادله ناهیه از عمل به ظنّ جلوی حجیّت آن را می گیرد.

ص: ۸۱۴

جواب مرحوم آخوند به اشکال

مرحوم آخوند می فرمایند: أوّلاً آیات مربوط به اصول دین است و إرشاد است که ظنّ در اصول دین کفایت نمی کند. ثانیاً: اگر اطلاق آنها را در اصول دین و فروع دین بپذیریم، متیقن از آن آیات و اخبار خصوص ظنی است که دلیل و حجت بر اعتبار و حجیت آن نداشته باشیم اگر نگوئیم که آن آیات و اخبار منصرف است به ظنی است که دلیل بر حجیت آن نباشد. ثالثاً: رادع بودن آیات و اخبار از سیره و بنای عقلا مستلزم دور است.

بیان دور: « و ذلک لأن الردع بها یتوقف علی عدم تخصیص عمومها أو تقیید إطلاقها بالسیره علی اعتبار خبر الثقه و هو یتوقف علی الردع عنها بها و إلا لکانت مخصصه أو مقیده لها کما لا یخفی (۱) »

عمومات و مطلقاتی، که قابل تخصیص نیست، مانع از حجیت بنای عقلاء می توانند باشد ولی عموماتی که قابل تخصیص است، درباره آنها اشکال دور هست و عمومات ناهیه از عمل ظنّ، قابل تخصیص بوده و به مواردی تخصیص خورده اند مورد

بحث ما خبر واحد است و ألا قابليت و فعليت تخصيص فى الجمله در غير خبر واحد، ثابت است و چون آيات و روايات ناهيه، آبى از تخصيص نيست، رادعيت اين عمومات و مطلقات متوقف است كه سيره عقلاء بر حجيّت خبر ثقه، مخصّص اين عمومات نباشد، و عدم تخصيص عمومات واطلاقات با سيره متوقف است بر ردع سيره به وسيله عمومات و اطلاقات. پس لازم مى آيد توقف الشىء على ما يتوقف عليه و دور مى شود.

۱- كفايه الأصول، آخوند خراسانى، ص ۳۰۳.

اشکال: «لا یقال علی هـذا لا یکون اعتبار خبر الثقه بالسـیره أیضا إلا علی وجه دائر فإن اعتباره بها فعلا یتوقف علی عـدم الردع بها عنها و هو یتوقف علی تخصیصـها بها و هو یتوقف علی عـدم الردع بها عنها» مرحوم آخوند در ادامه می فرماید: إن قلت که اشکالِ دور در رادعیت، در اعتبار خبر ثقه به وسیله سیره هم هست زیرا اعتبار خبر ثقه، ذاتی آن نیست؛ متوقف بر این است که عمومات یا مطلقات رادعِ سیره نباشد و رادع نبودن عمومات و مطلقات متوقف بر تخصیص عمومات و مطلقات به وسیله سیره و تخصیص عمومات و مطلقات به وسیله سیره متوقف بر عدم رادع عمومات و اطلاقات از سیره است؛ بنابراین اعتبار خبر ثقه به یک امر دوری متوقف می شود؛ و اشکال در هر دو طرف می آید هم در اعتبار خبر ثقه و هم در رادعیت عمومات.

جواب از اشکال: «فـإنه یقـال إنمـا یکفی فی حجیته بهـا عـدم ثبوت الردع عنهـا لعـدم نهوض مـا یصلح لردعها کما یکفی فی تخصیصـها لها ذلک کما لا یخفی ضـروره أن ماجرت علیه السـیره المسـتمره فی مقام الإطاعه و المعصیه و فی استحقاق العقوبه بالمخـالفه و عـدم اسـتحقاقها مع الموافقه و لو فی صوره المخـالفه عن الواقع یکون عقلا فی الشـرع متبعا ما لم ینهض دلیل علی المنع عن اتباعه فی الشرعیات فافهم و تأمل»

ایشان جواب می دهد که اعتبار خبر ثقه متوقف به عدم رادعیت واقعی از سیره نیست، بلکه متوقف به عدم ثبوت رادعیت است و عـدم علم به ردع در اعتبـار سـیره کـافی است پس بـا سـیره اعتبار خبر ثقه ثابت می شود. پس اعتبار خبر ثقه متوقف به عـدم ثبوت رادعیت است نه عـدم رادعیت تا شـما بگوییـد که عدم رادعیت هم دوری است پس اعتبار خبر ثقه متوقف به امر دوری است. لذا مشکل در یک طرف هست.

ص: ۸۱۶

اشکال به مرحوم آخوند

ما اینجا دوتا عرض داریم:

عرض اول: ایشان فرمود اعتبار خبر ثقه متوقف به عدم ثبوت رادعیت است نه به عدم رادعیت. ما عرض می کنیم که خود ایشان در إن قُلت، دوری بودنِ عدم رادعیت را قبول کرده که عدم رادعیت را متوقف می کند به عدم رادعیت. می گوید عدم رادعیت متوقف به مخصّصیت خبر ثقه است، مخصّصیت هم متوقف به عدم رادعیت است پس عدم رادعیت به عدم رادعیت متوقف است منتهی می فرمایند که اعتبار خبر ثقه به این امر دوری متوقف نیست؛ به عدم ثبوت رادعیت متوقف است؛ اشکال را از این ناحیه حل می کنند. بحث این است که اگر یک شیئی محال شد نقیض آن ضروری الثبوت است؛ محال است با استحاله یک شیئی، نقیضش تحقق نداشته باشد. اگر شما گفتید دو دوتا بشود سه تا این محال است، نقیض آن (دو، دوتا، سه تا نیست) ضروری الثبوت می شود؛ بنابراین اگر ما قبول کنیم که عدم الردع، دوری است پس قطعاً ثبوت رادعیت هست دیگر معنی ندارد بگوییم عدم ثبوت رادعیت. هر شیئی که منفی شد نقیضش بالضروره ثابت است بخواهیم بگوییم امکان دارد که نقیضش ثابت نباشد؛ امکان که ندارد هیچ، استحاله دارد؛ بنابراین ما بگوییم که اعتبار خبر ثقه متوقف به عدم ثبوت رادعیت است، درست نیست؛ اگر قبول کنیم دوری بودن عدم رادعیت را - در إن قلت، دوری بودن عدم رادعیت را قبول کرده - این که بگوییم این متوقف به عدم رادعیت نیست بلکه متوقف به عدم ثبوت رادعیت است این اشکال استحاله را از بین نمی برد؛ عدم رادعیت که محال شد قهراً احتمال ثبوت رادعیت (نقیضش) در آن نمی رود. وقتی یک نقیض محال شد آن نقیض دیگر ضروری الثبوت است، احتمال عدم ثبوت در آن نمی آید. پس مشکل با این راه حل نمی شود این که ایشان فرمود آن که محال است یک چیز است و آن چه ما اعتبار درست می کنیم یک چیز دیگر است، مطلب درستی نیست، این هم محال است.

ص: ۸۱۷

عرض دوم: این که فرمود توقف یک شیئی به امر محال لازمه اش نیست که عدم ثبوت این امر محال هم محال باشد اگر این را قبول کردیم و اشکال را جواب دادیم و گفتیم که از ناحیه اعتبار خبر ثقه متوقف به امر محال نیست بلکه متوقف به یک امر ممکن است، این اشکال ندارد ولی خود ایشان اعتبار خبر ثقه را فرمود دوری است، دوریت عدم اعتبار خبر ثقه را هم قبول کرد منتهی فرمود اعتبار خبر ثقه متوقف به عدم رادعیت نیست بلکه متوقف به عدم ثبوت رادعیت است. عرض ما این است وقتی ایشان قبول کرد که هم رادعیت دوری است و هم عدم رادعیت منتهی فرمود مشکلی ندارد به خاطر اینکه اعتبار خبر ثقه متوقف به امر دوری نیست خوب آن متوقف نباشد اما خود ایشان که قبول کرده هم رادعیت دوری است و هم عدم رادعیت در واقع ارتفاع نقیض را قبول کرده است. راجع به اعتبار خبر ثقه اگر این گونه مشکل را حل کرد ولی یک مطلب دوری را قبول کرد که فرمود هم رادعیت دوری است هم عدم رادعیت؛ این خودش علامت این است که در اینجا مغالطه شده، نمی تواند هر دو دوری باشد ارتفاع نقیض که نمی تواند باشد.

جواب اشکال دور

حل مطلب این است که از اساس مطلب ناتمام است؛ در ورزش کشتی، دو نفر که با هم کشتی می گیرند یکی غالب می شود یکی مغلوب؛ اگر بیان مرحوم آخوند درست باشد باید گفت در منازعات و جنگها و امثال اینها، غالب و مغلوب مستحیل است به خاطر این که غلبه این طرف متوقف است بر این که آن طرف غالب نباشد و غالب نبودن آن طرف متوقف است بر این که این طرف غالب باشد بنابراین دور لازم می آید. این بیان ایشان در اینجا در تمام غالب و مغلوب ها هست.

آنجاها گفته می شود غالبیت یکی و مغلوبیت دیگری در عرض هم است نه اینکه متوقف باشد یکی بر دیگری؛ اینکه غالب شد آن یکی مغلوب است و هر دو، معلول یک علت ثالث است. غالب شدن یکی و مغلوب شدن دیگری، علتش این است که نیروی یکی بیشتر است؛ کثرت نیرو منشأ می شود یکی غالب شود یکی مغلوب.

در ما نحن فیه باید دید اعتبار خبر ثقه و رادعیت بنای عقلاء کدام یک نیروی شان بیشتر است؛ اگر نیروی یکی بیشتر شد دیگر دوری در کار نیست.

ما اینجا عرض می کنیم که در حجیّت خبر ثقه اصلاً اقتضاءش متوقف است بر اینکه در مقابلش یک شیء مقتضی داری قرار نگیرد چون شارع باید امضاء کند به گونه ای که گفته شود راضی بوده به این طریق عمل شود منتهی با سکوت، رضایتش فهمیده می شود. پس ثبوت مقتضی متوقف است که در مقابلش مقتضی نباشد بعد بگوییم سکوت کرد. عام اقتضاءًا حجیّت دارد و چیزهای دیگر از قبیل مزاحم است؛ یک چیز صریح یا اظهر که در مقابلش قرار گرفت جلوی آن اثر مقتضی را می گیرد فعلیت پیدا نمی کند پس یکی مقتضی دار است یکی لامقتضی؛ موقعی مقتضی پیدا می کند که یک مقتضی دار در مقابلش قرار نگیرد مثل دلیل وارد و مورود؛ قبح عقاب بلا بیان نمی تواند در مقابل فلان ظاهر بایستد چون این قبح عقاب بلا بیان اصلاً اقتضای حجیّتش، متوقف بر این است که در مقابلش مقتضی داری نباشد. یک ظاهری که خودش اقتضاء حجیّت داشته، جلوی قبح عقاب بلا بیان را می گیرد؛ سیره عقلاء هم مثل قبح عقاب بلا بیان است؛ اقتضاءش متوقف بر این است که در مقابلش مقتضی داری نباشد؛ و عمومات، اطلاقات و ظواهر، مقتضی حجیّت در آنها هست باید صریح و اظهری بیاید این را از بین ببرد.

ص: ۸۱۹

بنابراین ما می گوییم نیروی عمومات و مطلقات اقوی (از نیروی بنای عقلا) است و این نیرو در جایی هست که مزاحم نداشته باشد لذا می تواند رادعیت پیدا کند و اشکال عقلی هم ندارد.

حالا آقایان دیگر می گویند در عرف هم این قانون هست که انسان نباید روی ظنّ، عمل کند ولی عرف در مقام عمل با خبر ثقه معامله علم و عدم ظنّ می کند؛ و بنای عقلا بر عمومات حکومت پیدا می کند. اصل عمومات با بنای عقلا تثبیت شده و همین عقلاء با خبر ثقه معامله علم می کنند روی این جهت، بنای عقلاء برحجیّت خبر ثقه بر بنای عقلا بر اخذ به عمومات، حکومت پیدا می کند. (۱)

مسأله فی أحکام الردّ ۹۴/۰۲/۲۲

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: مسأله فی أحکام الردّ

ما یتحقق به الرد

«لا یتحقّق الردّ قولًا إلّا بقوله: «فسخت» و «رددت» و شبه ذلک ممّا هو صریح فی الردّ؛ لأصاله بقاء اللزوم من طرف الأصیل و قابلیّته من طرف المجیز» (۲) .

بحث در ردّ عقد فضولی توسطِ مالک است. ردّ دو نوع است: قولی و فعلی.

ردّ قولی: در ردّ قولی هر جمله ای که صریح باشد کفایت می کند. به نظر می رسد که اگر ظواهر عرفیه هم باشد - ظواهری که عقلا ترتیب اثر می دهند - آن هم حکم صراحت را دارد. بعد می فرماید و اگر لفظ صریح نشد – یا بنابرنظر ما صریح و ظاهر نشد – ردّ محقق نمی شود و در صورت شک، استصحاب اقتضاء می کند حکمی را که قبلاً داشته همان حکم را الان هم داشته باشد؛ از ناحیه اصیل که مطلب تمام بوده الان هم همان تمامیت محفوظ است؛ از ناحیه مجیز هم که قابلیت اجازه داشته، شک می کنیم آیا این قابلیت سلب شده یا سلب نشده باید گفت باقی است. در این حرفی نیست.

ص: ۸۲۰

۱- دررالفوائد، حائری، ج ۲، ص ۵۸.

۲- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۷۷.

اینجا که مسئله صراحت و غیر صراحت هست، شبهه موضوعی است نه حکمی. جریان استصحاب در شبهه حکمی محل بحث است ولی در جریان استصحاب در شبهه موضوعی بحثی نیست. و بر اصاله الفساد تقدّم دارد.

ردّ فعلی: «و کذا یحصل بکلّ فعل مخرجٍ له عن ملکه بالنقل أو بالإتلاف و شبههما، کالعتق و البیع و الهبه و التزویج و نحو

ذلک، و الوجه فی ذلک: أنّ تصرّفه بعد فرض صحّته مفوّت لمحلّ الإجازه؛ لفرض خروجه عن ملکه». افعال و تصرفاتی که مالک می کند سه قسم است:

قسم اول: افعالی که موجبِ سلب ملکیت از مالک می شود و بعد از سلبِ ملکیت، اجازه معنی ندارد. آن عملی که با آن سلبِ ملکیت می شود، حکم ردّ قولی را دارد. مثلاً ـ اگر مالک، ملک را – در یک عقد لازم نه خیاری – فروخت، قابلیت امضاء از بین می رود مطلقا چه متوجه باشد آن عقد فضولی باشد چه متوجه نباشد. ردّ به معنای متعارف و منصرف الیه آن عبارت از این است که متوجه عقد فضولی شده و آن را قبول نکرده ولی در اینجا ردّ معنایی اوسع دارد و منحصر به صورت توجه نیست و صورت عدم توجه را هم شامل می شود حتی آن صورتی را که الان متوجه نیست ولی اگر متوجه میشد که چنین عقدی واقع شده آن را امضاء می کرد، این را هم شامل می شود.

قسم دوم: تصرّفاتی که سلب ملکیت از مالک نمی کند ولی در عین حال صلاحیت اجازه از زمان عقد، از بین می رود. مانند اجاره دادن خانه.

ص: ۸۲۱

قسم سوم: تصرفاتی که نه سلب ملکیت می کند و نه منافاتی با اجازه از زمان عقد دارد. مانند سکنای در خانه.

بایـد به این نکته توجه داشت که قاعـده و بنـای عقلاـ این است که بنابر کشف یا نقل از شـرایط اجازه این است که کسـی می تواند اجازه دهد که در رتبه متقدّم بر اجازه، مالک باشد و کسی که در رتبه متقدّم مالکیتش از بین رفته نمی تواند اجازه دهد.

«لا یتحقق الرد قولا إلا بقوله فسـخت و رددت و شبه ذلک مما هو صریح فی الرد» عرض شد که ظهورات عرفیه هم کفایت می کند. اما در صورت شک در تحقق ردّ چرا اصاله الفساد جاری نیست با اینکه اصل اولی در معاملات فساد است؟ مرحوم شـیخ می فرمایـد دلیل حاکم داریم که آن را بعـد ذکر می کند «لأصاله بقاء اللزوم من طرف الأصـیل» استصـحاب حکم می کند که الان هم از طرف اصـیل لزوم باقی است، اگر ردّ صریح باشد، اصیل هر تصرفی که خواست می تواند در ثمن بکند ولی قبل از ردّ حق نـدارد. از نـاحیه مجیز، قبلاـ قـابلیت اجـازه بود که در صورت شک آن هم استصـحاب می شود «لأصاله بقاء اللزوم من طرف الأصـیل و قـابلیته من طرف المجیز» این راجع به قول «و کـذا یحصل بکل فعل مخرج له عن ملکه» یا «بکل فعل یخرج له عن ملکه» هر فعلی که به وسیله آن فعل، عین از ملکش خارج می شود آن هم ردّ حساب می شود.

خروج از ملـک یـا به نقـل است یـا به إتلاف است و یا شبیه این دوتا؛ مثال های اینهاماننـد عتق، بیع، هبه، تزویـج (مثلًا زنی را کسـی فضولتاً تزویج کند بعد این زن خودش را تزویج کرد به شـخص دیگری، این عملاً آن تزویجی را که فضولی انجام داده باطل می کنـد چه توجه داشـته باشد چه نداشـته باشد) یا فرض کنید طفلی را فضولتاً غیر ولیّ آمد عقد کرد بعد ولیّ آمد او را به عقـد دیگری در آورد این عقـد ولی باعث ابطال عقـد فضولی می شود چون دیگر ولیّ یک چنین اختیاری ندارد که بعد از اینکه به عقـد دیگری در آورد او را طلاق بدهد و عقد فضولی را امضا کند چون حق طلاق با ولیّ نیست. حق ولایت بر نکاح دارد ولی ولایت بر فسخ و ولایت بر طلاق ولایت ندارد.

ص: ۸۲۲

«و نحو ذلک و الوجه فی ذلک» این أفعال ردّ حساب است چون مفروض این است که این افعال،صحیح بوده و مالک، مجاز بوده انجام دهد و لازمه فرض صحت، بطلان آن عقد فضولی است «و الوجه فی ذلک أن تصرفه بعد فرض صحته مفوت لمحل الإجازه لفرض خروجه عن ملکه» از سلطه این خارج شده دیگر فایده ای ندارد. این راجع به تصرفی که از ملکیت مالک خارج می شود.

تحقق ردّ با تصرف غیر المخرج عن الملک

«و أمّا التصرّف الغیر المخرج عن الملک کاستیلاد الجاریه و إجاره الدار و تزویج الأمه فهو و إن لم یخرج الملک عن قابلیّه وقوع الإجازه علیه، إلّا أنّه مخرج له عن قابلیّه وقوع الإجازه من زمان العقد؛ لأنّ صحّه الإجازه علی هذا النحو توجب وقوعها باطله، و إذا فرض وقوعها صحیحه منعت عن وقوع الإجازه.» (۱)

اما بعضی تصرفات موجب خروج از ملک مالک نمی شوند و صحت این تصرفات منافاتی با اصل اجازه ندارد و متاع را از قابلیت لحوق اجازه و تأثیر اجازه خارج نمی کنند ولی تصرفات مزبور این نقش را دارند که اجازه بعدی را از قابلیت تأثیر از حین عقد خارج می سازند و مانع می شوند از این که اجازه بتواند کاشفه باشد.

چندتا مثال می زند که یکی از مثالهایش ظاهراً سبق قلم است نسبت به یک جهتش درست است ولی از جهتی دیگر، سبق قلم است «و أما التصرف غیر المخرج عن الملک کاستیلاد الجاریه و إجاره الدابه و تزویج الأمه» استیلاد جاریه و اجاره دادن و تزویج أمه را می فرماید تصرفی است به غیر مخرج عن الملک که درست می فرماید ولی مطلب دوم که می فرماید قابلیت اجازه دارد منتهی از زمان خود اجازه نه از اول از سه تا مثال دوتایش (اجاره و تزویج) درست است و یکی از مثالها (استیلاد) از جهت مطلب دوم درست نیست.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۷۷.

مثال اول (اجاره الدار): فضولی خانه زید را فروخته، بعد خود مالک، خانه را به دیگری اجاره می دهد. در اینجا هم اجازه دادن تصرفی است از مالک که موجب خروج منزل از ملک وی نمی شود و منافاتی با اصل اجازه هم ندارد ولی تأثیر اجازه از اول عقد منافی است.

اگر مالک در حالی که اجاره داده بخواهد معامله را از زمان اجازه، اجازه دهد و نقل و انتقال صورت گیرد، شارع حکم به صحت و نقل و انتقال می کند منتهی مسلوب المنفعه. مانعی ندارد که خود شخص هم یک چیزی که اجاره داده بعد از اجاره بیاید به دیگری بفروشد منتهی در بعضی از موارد یا در کل موارد علی الخلاف خیار فسخ و امثال اینها برای مشتری غیر عالم که متوجه نیست حاصل می شود یا اگر در آن معامله ضرری کرده باشد، بعضی ها خواستند خیار عیب هم بگویند، زیرا عین مسلوب المنفعه این خودش عیب است البته مرحوم سید در عروه فرموده که این طور عیب ها خیار نمی آورد خیاری که مورد عیب هست آن نفس خود مبیع، معیوب است نه اینکه ملکیتش ناقص باشد.

ولی روی مسلک کشف که خود مرحوم شیخ هم به آن تمایل دارد نمی تواند بنا بگذارد که از اول نقل و انتقال واقع شده است چون فرض این است که تصرف مالک (اجاره ای که خود مالک داده) صحیح است. اجازه هم بنابر این است که می خواهد عقدی که واقع شده قبل از این تصرف، را امضا کند. تصحیح آن عقد فضولی با اجازه بنابر کشف، معنایش این است که ملک از وقت عقد از ملک مالک خارج شده و ملک طرف اصیل قرار گرفته پس اجاره ای که شخص داده در واقع ملک دیگری را اجاره داده که باطل است. اما چون در اینجا فرض شده آن تصرف صحیح بوده، قهراً باید گفت که آن اجازه صلاحیت ندارد که معامله فضولی را تصحیح کند. چون در قضایای شرطیه اگر تالی باطل شد به بطلان تالی مقدم هم باطل می شود اگر این اجازه صحیح باشد باید از اول نقل و انتقال واقع شود و نتیجه ی نقل و انتقال، بطلان اجاره هست التالی باطل فالمقدم مثله. بنابراین صحت اجازه بنابر کشف درست نیست.

مثـال دوم (تزویـج امه): جاریه ی مولی را فضولی به زیـد فروخت و پس از آن مولی آمـد جاریه را به عقـد عمرو در آورد باز تزویـج جـاریه تصـرف است ولی نه مخرج از ملـک است و نه منافـاتی بـا اصـل اجـازه دارد؛ بله منافیِ تأثیر اجازه از زمان عقد است.

بنابراین این دو مثال درست است بنابر کشف نمی تواند اینها صحیح شود.

مثال سوم (استیلاد): ولی استیلاد را که مثال زد کأنّ می خواهد بفرماید: اگر در اجازه قائل به نقل بودیم اجازه، مشکلی ندارد منتهی از وقت عقد نمی تواند اجازه دهد.

اشکالِ مثالِ استیلاد: ولی مسئله استیلاد مشکلش این است که بیع ام ولد صحیح نیست. اگر ما در باب اجازه قائل به نقل هم شـدیم حق ندارد بعد از استیلاد اجازه دهد؛ مالکیت تنها در اجازه کافی نیست باید قابلیت نقل هم داشـته باشد و امّ ولد قابلیت نقل را ندارد بلکه روی بعضـی از مبانی - که مبنای مرحوم شیخ هم جزءآنها است — اینکه یک عقدی از اول صلاحیت داشته و بعـد از صـلاحیت افتـاده آیـا اجـازه می شود داد یا نه؟ مرحوم شـیخ قائل است که لازم نیست آن صـلاحیت تا آخر هم باقی بمانـد اول اگر صـلاحیت داشت همـان کـافی است بحث این مطلب را قبلاًـ بیـان کرده است. خلاصه این مسئله را تفریع کنیم بگوییم راجع به استیلاد، قابلیت اجازه داشته منتهی از وقت عقد قابلیت نداشته است، این یک سبق قلم است آن قسمت اول در ذهن ایشان بوده که مثال زده برای اینکه یک شـیئی در عین حالی که ملکش است آن وقت می خواهد تصـرفاتی بکند که آن عین از ملک خارج نمی شود و اجازه صحیح است این تیکه در ذهنش بوده و درست است ولی آن تفریعش درست نیست.

ص: ۸۲۵

«نعم، لو انتفع المالك بها قبل الإجازه بالسكنى و اللبس، كان عليه اجره المثل إذا أجاز، فتأمّل.» (۱)

بعـد مرحوم شـیخ در ادامه می فرماید لازمه فرضِ صـحتِ تصـرف، بطلان آن عقد است و تقریبی هایی برای آن ذکر می کند بعد می فرماید بله اگر تصرف مالک به نحو استیلاد و اجاره و تزویج نباشد مثلا پس از بیع فضولی، مالک اصلی برای مدتی از سکنای منزل اسـتفاده کنـد یا تمتعاتی غیر از استیلاد از جاریه برده باشد و بعد هم معامله فضولی را اجازه کند. بنابر کشف این گونه از تصرفات منافاتی با لحوق اجازه و تأثیر آن از زمان عقد ندارد پس اگر اجازه کرد می تواند معامله از اول صحیح باشد و منزل ملک مشتری شود منتهی برای مدتی که استفاده کرده ضامن است و باید اجره المثل بدهد.

خلاصه صـحت و جواز خارجی تصـرفات مطلقا موجب بطلان عقد نیست خیلی از ادله و روایات که صحت بیع فضولی از آنها استفاده شد، مالک اصلی تصرفاتی در ملک کرده بود.

نقد تفسیر آقای خویی نسبت به عبارت ۹۴/۰۲/۲۳

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: نقد تفسیر آقای خویی نسبت به عبارت

«نعم لو قلنا بأنّ الإجازه کاشفه بالکشف الحقیقی»

کلام مرحوم شیخ

مرحوم شـیخ (در مورد مایتحقق به الرّد) فرمود که اگر شـخص در عین، تصـرف ناقل کرده باشد یا آن را إتلاف کرده باشد یا شبیه این دو، دیگر نمی توانـد عقد فضولی را اجازه کند و ایشان این مطلب را بتّی فرض کرده و اختلاف مبانی در مورد اجازه را طرح نکرده است. بنای عقلا هم همین است که اگر کسـی خانه اش را فروخت بـدون اختیار فسخ و بعد متوجه شد که خانه را فضولی به دیگری فروخته است اینجـا جـای شـبهه نیست که مالـک نمی توانـد آن عقـد فضولی را امضا کنـد. آن که مورد بحث است این است که نقل و انتقالی واقع نشـده مثلا خانه را اجاره داده بعد می خواهد عقد فضولی را اجازه دهد اینجا ایشان مسئله را روی اختلاف مبانی طرح کرده است.

ص: ۸۲۶

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۷۸.

ردّ تفسیر مرحوم آقای خویی

مرحوم آقای خوئی، کلام مرحوم شـیخ را طور دیگری تفسیر کرده است. (۱) ایشان در نوع اول تصرفات که نقل و انتقال واقع شده می گوید که مرحوم شـیخ بین کشف حقیقی و کشف حکمی و نقل تفصیل داده است. با اینکه در قسم اول ایشان صاف

فرموده که اجازه صحیح نیست و آن تصرف ردّ حساب است و در قسم بعدی (تصرفات غیر ناقله) بحث کرده است. عجیب است که ایشان اینطور معنا کرده است.

هم چنین ایشان یک بحثی از آقای نائینی نقل کرده و ردّ کرده (۲) که به درستی هم ردّ کرده است. آقای نائینی خواسته وقوع خارجی ردّ فعلی را در عالم انکار کند، حتی اگر امکان عقلی داشته باشد، چون شخص اگر عملی انجام دهد حالت شخص نسبت به آن عمل انجام داده شده و قبل از آن عمل انجام شده یک جور حالت است و این کاشف نیست که ما آن عقد فضولی را قبول نداریم و ردّ او حساب شود. مرحوم آقای خوئی می فرماید این طور نیست که ما نداشته باشیم اگر با اشاره ای یا کتابتی ابراز کرد که من قبول ندارم این یک ردّ فعلی هست که عرف هم می فهمد و نمی توان به نحو سلب کلی گفت که هیچ وقوع خارجی ندارد.

معلوم نیست چطور شده که آقای نائینی این را فرموده! چرا آقای خوئی عنوان کرده! به خاطر اینکه جای تردید نیست که در عرف متعارف انسان گاهی با یک فعل، اظهار رضا به عمل واقع شده می کند، گاهی به یک فعلی اظهار کراهت می کند. مالک که جلوی چشم عاقد فضولی و اصیل خانه را به دیگری می فروشد این خودش دلالت عرفی دارد که من راضی نیستم؛ در این تردیدی نیست و احتیاج هم به اشاره و کتابت و اینها ندارد خیلی متعارف است که انسان در مقام انشاء به جای لفظ، عدم موافقت خود را با یک عمل افهام کند.

ص: ۸۲۷

۱- مصباح الفقاهه، سید ابوالقاسم خویی، ج ۴، ص ۳۲۵.

۲- مصباح الفقاهه، سید ابوالقاسم خویی، ج ۴، ص ۳۲۴.

کلام مرحوم شیخ

«و الحاصل: أنّ وقوع هذه الأُمور صحیحه، مناقض لوقوع الإجازه لأصل العقد، فإذا وقع أحد المتنافیین صحیحاً فلا بدّ من امتناع وقوع الآخر، أو إبطال صاحبه، أو إیقاعه علی غیر وجهه، و حیث لا سبیل إلی الأخیرین تعیّن الأوّل.» (۱)

مرحوم شیخ می فرمایند که اگر بخواهد هم آن عقد فضولی بالاجازه صحیح باشد و هم مثل اجاره ای را که خود مالک داده هر دو صحیح باشد اینها با هم جمع نمی شود اگر صحت اجاره ثابت شد قهراً نتیجه اش این می شود که عقد مجاز باطل است و اجازه تأثیری ندارد.

ایشان می فرمایند که سه احتمال وجود دارد که دو احتمال باطل است و یک احتمال متعین است.

احتمال اول: عقد مجاز باطل است و اجازه تأثیر ندارد.

احتمال دوم: عقد مجاز صحیح است و اجاره را ابطال می کند. این خلاف فرض است چون به اجماع یا به بنای عقلا مفروض این است که امثال اجاره را صحیح فرض کردیم.

احتمال سوم: جمع ممتنع نیست؛ هم اجازه صحیح است، نقل و انتقالی واقع می شود و هم اجاره صحیح است.

صحت اجاره این گونه است که بگوییم آن نقل و انتقالی که قبلًا در عقد فضولی واقع شده، مسلوب المنفعه است. یعنی اصیل مالک می شود ولی مقداری که مالک اصلی، اجاره داده، مسلوب المنفعه منتقل شده است.

ایشان می فرمایند که این هم باطل است برای اینکه آن عقدی که واقع شده بود، مسلوب المنفعه نبوده است؛ و اینکه آن عقد واقع شده علی غیر وجهه، باطل است.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۷۸.

عبارت این است که «فلا بـد من امتناع وقوع الآخر» آخر، عقـد مجاز است «أو إبطال صاحبه» آخر ابطال کنـد این عقد اجاره را «أو إیقـاعه علی غیر وجهه» یـا بگـوییم جمـع ممتنـع نیست ولی غیر آن طـوری که قرار بسـتند، شـارع حکم کرده است. این دو احتمال باطل است پس «تعیّن الاول».

بعد ایشان می فرمایند بعد از اینکه این تصرفات را انجام داد و اجازه بی تأثیر شد و عقد مجاز هم باطل شد در اینجا فرق ندارد که شـخص متوجه شود بر اینکه یک چنین عقـدی واقع شـده بعد بیاید اجاره دهد که این انشاء ردّ باشد یا اینکه در وقت انشاء متـوجه نباشـد ولی چون تنـافی وجود دارد، شـرع خودبه خود به ردّ حکم می کنـد. چون گـذشت که مردود شـدن اعم از این است که ردّ انشائی باشد یا غیر قبول شدن برای شرع است که شرع او را قبول ندارد و حکم به نقل و انتقال نکند ولو مربوط به انشاء طرفین نباشـد لـذا ایشان می فرماینـد آن صورتی که متوجه است که عمل منافی انجام می دهد، آن خودش ممکن اسـت بگوییم ظهور دارد در ردّ انشـائی و اگر متوجه نیست آن ردّ انشـائی در کـار نیست ولی چون تضاد ما بین هست قهراً شارع آن را قبول نکرده است. مرحوم شـیخ می فرماینـد فرقی مـا بین این دو صورت نیست. و مقتضای تنافی اقتضاء می کنـد صورتی را هم که متوجه نبود، عند الشرع مردود باشد چون تنافی واقعی است نه تنافی جعلی و انشائی.

ص: ۸۲۹

اشکال: «و دعوی: أنّه لا دلیل علی اشتراط قابلیّه التأثیر من حین العقد فی الإجازه؛ و لذا صحّح جماعه کما تقدّم إجازه المالک الجدید فی من باع شیئاً ثمّ ملکه.»

ایشان در ادامه می فرمایند ممکن است اشکال شود که روی این مبنا که اجازه معامله را از اول وقوع عقد تصحیح می کند مسئله نقل و انتقال نیست و حکم بطلان می آید ولی ما دلیل نداریم برای اینکه قابلیت تأثیر باید از اول باشد و از اول باید محکوم به صحت باشد تا گفته شود از اول نمی تواند صحیح باشد چون لازمه ی صحت از اول، تضاد با یک شیئی ثابت الصحه است؟

به عبارت دیگر ما دلیل نداریم برای اینکه باید از اول قابلیت برای اجازه داشته باشد حتی بنابر کشف هم در مواردی خود مرحوم شیخ می فرمود که ممکن است از اول صلاحیت اجازه نداشته باشد و از وقتی که نقل و انتقال ممکن است کشف می شود که قابلیت از همان زمان بوده است پس چرا در اینجا حکم می کنید به بطلان آن اجازه و عقد مجاز را می گویید صحیح نیست؟ مثل «من باع شیئاً ثم ملکه» شخص در موقع عقد قابلیت تأثیر نداشته چون مالک نبوده که مرحوم شیخ در این مسأله فرمود لولا بعض روایات و بعضی جهات دیگر، اشکالی از این ناحیه ندارد.

جواب: «مدفوعه: بإجماع أهل الکشف علی کون إجازه المالک حین العقد».

ایشان می فرمایند که این ادعا درست نیست به خاطر این که یک مطلبی مورد اتفاق اهل کشف است که کسی که حین العقد مالک باشد نتیجه ی اجازه این است که از حین العقد واقع شود؛ در تصحیح اجازه لازم نیست همه مالکِ حین العقد باشند، مثل اجازه «من باع شیئاً ثم ملکه» که حین العقد مالک نیست ولی اگر کسی مالک حین العقد است، تأثیر اجازه اش از زمان عقد است. قائلین به کشف می گویند مثل اذن خود همان شخص مجیز است اگر اذن داشت همان طوری که از اول واقع می شد در اجازه هم از اول واقع می شود پس بنابراین اگر در وقوع از اول مشکلی واقع شد نتیجه اش بطلان این اجازه است.

نعم لو قلنا بأنّ الإجازه کاشفه بالکشف الحقیقی

« نعم لو قلنا بأنّ الإجازه کاشفه بالکشف الحقیقی الراجع إلی کون المؤثّر التامّ هو العقد الملحوق بالإجازه کانت التصرّفات مبتیّه علی الظاهر، و بالإجازه ینکشف عدم مصادفتها للملک، فتبطل هی و تصحّ الإجازه.»

مرحوم شیخ می فرماید که ما قائل به کشف حکمی هستیم در نتیجه تصرفات مالک صحیح است و مقدار کشف حکمی اش این مقدار نیست که این تصرف را باطل کند و خود آن اجازه دادن باطل می شود بعد می فرمایند بله اگر کسی کشف حقیقی قائل شود که مؤثر تامّ عقد ملحوق به اجازه است، تصرفات مذکور علی الظاهر صحیح است و با آمدن اجازه معلوم می شود که آن تصرفات در ملک مالک نبوده در نتیجه این تصرفات باطل می گردد و آن اجازه صحیح و مؤثر می شود. منتهی مشهور یا قویّاً چنین نیست ولی اگر کسی یک چنین چیزی قائل شود نتیجه اش بطلان می شود.

تفسیر مرحوم آقای خویی

گاهی چند جمله ذکر می شود و بعد یک استدراکی واقع می شود به انحاء مختلف مثل استثناء یا قید. جمل متعدده اگر استثناء شد به اخیر می خورد یا به همه می خورد یا مجمل است؟ یا قیدی اگر واقع شد قید به اخیر می خورد یا به همه می خورد یا اجمال دارد؟ آن یک بحث کلی است. حال در اینجا مرحوم آقای خوئی این استدراکی که با نعم در اینجا شده را شاید نسبت به کل جملات می دانند (هر آنچه که مرحوم شیخ در تصرفات ناقل و تصرفات غیر ناقل فرمود). یعنی در همان صورت اول هم که تصرفات به صورت ناقل است اگر اجازه به نحو کشف حقیقی باشد آن عقد مجاز صحیح می شود و تصرفات بعدی (مثل بیع) باطل می شود. و این استدراک مخصوص قسمت تصرفات غیر ناقله نیست. کأنّ مطلب مشترک است اگر کسی قائل به کشف حقیقی شد در همان تصرفات ناقله هم می گوید آنجا که فضولی بیع کرده بود مالک بخواهد بیع دیگری کند این بیع مالک باطل است چون قبلا یک بیعی شده مشروط به تعقب اجازه که شرطش بعد اجازه حاصل شده است. اجاره دادن هم همین طور است. و این استدراک را از کل دانسته است.

ص: ۸۳۱

ردّ تفسیر مرحوم آقای خویی

ولی از ترتیب جملات به نظر می رسد که عبارت کالصریح هست که به قسمت آخر می خواهد بخورد لحن جملات به گونه ای است که استدراک از کل بودنش خیلی بعید است و آن معنی که ایشان قرینه قرار داد واضح نیست. در مقابل، بنای عقلا خیلی واضح و روشن است که اگر کسی ملک خودش را فروخت و قبل از آن فضولی هم همان ملك را معامله دیگری کرده بود این نمی تواند عقد فضولی را اجازه دهد چون شرط اجازه این است که کسی می تواند اجازه کند که لولا الاجازه، حق مالکیت داشته باشد تا با اجازه نقل و انتقال صورت گیرد اما در جایی که مالك، عین را به دیگری فروخته حقی ندارد که ملك دیگری را اجازه دهد.

لولا الاجازه باید حساب کرد اگر اجازه نداده بود، عقد صحیح بود. در این «لولا» که اشکالی نیست. مالك می خواهد خانه اش را به دیگری بفروشد اجازه هم نداده آیا چنین حقی دارد که خانه اش را بفروشد؟! واضح است که این حق را دارد.

در نوع اول از تصرفات قبل از اجازه عین را انتقال داده ولی در تصرفات غیر ناقله – مثل اجاره دادن خانه – اصل عین را نقل و انتقال نداده است و اجازه مربوط به عقدی است که بر روی اصل عین واقع شده است. این فرق دارد نمی گوییم حکمش جداست ممکن است متحد الحکم باشد ولی ملازم نیست بر اینکه اگر آن مطلب (که شخص اگر ملکش را به دیگری فروخت، حق ندارد عقد فضولی را امضا کند) واضح است این هم (که تصرف ناقل در عین نکرده و بعد می خواهد نقل و انتقال خود عین را امضا کند) واضح باشد.

ص: ۸۳۲

البته حق این است که اگر از بنای عقلا یا هر راه دیگری معلوم شد که حتی نقل و انتقال منافع را گفتند درست است آن وقت با بیانات مخصوص و مقدمات کذائی که گذشت، اثبات شود که اولی (عقد فضولی) باطل است، درست است اشکالی ندارد ولی مثل هم نیست که به مرحوم شیخ بتوان نسبت داد که ایشان اقسام ثلاثه (کشف حقیقی، کشف حکمی، نقل) را در تصرفات مربوط به خود عین هم داده است.

التصرفات الغیر المنافیه لملک المشتری ۹۴/۰۲/۲۷

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: التصرفات الغیر المنافیه لملک المشتری

«بقی الکلام فی التصرّفات الغیر المنافیه لملک المشتری من حین العقد، کتعریض المبیع للبیع، و البیع الفاسد، و هذا أیضاً علی قسمین: لأنّه إمّا أن یقع حال التفات المالک إلی وقوع العقد من الفضولی علی ماله، و إمّا أن یقع فی حال عدم الالتفات». مرحوم شیخ غیر از ردّ قولی سه قسم ردّ عملی ذکر می کند:

قسم اول: تصرفات موجب نقل یا إتلاف یا شبههما شود.

قسم دوم: تصرفات غیر ناقل که با صحت اجازه از اول عقد منافات دارند.

قسم سوم: تصرفاتی که ناقل نیستند و با صحت اجازه از زمان عقد هم منافات ندارند. مثال: مالک اصلی، مبیع (آنچه که عقد فضولی بر روی آن انجام شده است) را در معرض بیع قرار دهد یا مبیع را به بیع فاسد به دیگری بفروشد.

آیا وقوع این امور ردّ فعلی محسوب می شود؟ مرحوم شیخ می فرمایند که این امور دو حالت دارد:

ص: ۸۳۳

حالت اول: مالک با توجه به اینکه فضولی یک چنین کاری کرده این افعال را انجام دهد.

حالت دوم: تصرفات مزبور در حال عدم التفات صادر شده است.

حکم حالت اول: ایشان می فرماید چنین تصرفی ردّ فعلی محسوب می شود. و می خواهد بگوید من با عمل انجام شده، موافق نیستم. و این نوع تصرفات به ردّ قولی ملحق می شود. و برای این الحاق سه دلیل می آورند:

دلیل اول: اطلاقات روایات

«الدلیل علی إلحاقه بالردّ القولی مضافاً إلی صدق الردّ علیه، فیعمّه ما دلّ علی أنّ للمالک الردّ، مثل: ما وقع فی نکاح العبد و الأمه بغیر إذن مولاه، و ما ورد فی من زوَّجَته امّه و هو غائب، من قوله علیه السلام: «إن شاء قبل و إن شاء ترک».

این نوع تصرفات، مصداق ردّ است و وقتی ردّ صدق کرد این تصرفات مشمول دو دسته إطلاقات می شود که به منزله ی کبری برای این صغری است:

دسته اول: اطلاقاتی که می گوید اگر عبد یا أمه ای بدون اذن مولا اقدام به ازدواج کرد، زمام امر این نکاح در دست مولی است « ذلک إلی السید إن شاء أجاز، و إن شاء فرّق بینهما» (۱) (تفریق اعم از قول و فعلی است).

دسته دوم: إطلاقی که می گوید اگر مادری با اینکه ولایت ندارد دختری را به عقد پسرش در آورد، پسر مجبور به قبول کردن نیست بلکه اختیار این نکاح به دست اوست «إِنْ شَاءَ الْمُتَزَوِّجُ قَبِلَ وَ إِنْ شَاءَ تَرَکَ» (۲) (ترک أعم از قولی و فعلی است).

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۲۳، الباب ۲۴.

۲- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۳۰۵.

« إلّا أن يقـال: إنّ الإطلاق مسوق لبيان أنّ له الترک، فلا تعرّض فيه لکيفيّته». (۱) بعد می فرمايد مگر کسـی در اطلاق روايات شبهه کند که در مقام بيان اصل مطلب هستند و از جهت کيفيت ردّ در مقام بيان نيستند.

نقد دليل اول

اين کلام اخير مرحوم شيخ از دو جهت مورد بحث است:

جهت اول: اينکه حضـرت فرمود «إِنْ شَـاءَ الْمُتَزَوِّجُ قَبِلَ وَ إِنْ شَاءَ تَرَکَ» معنايش آيا «إن شاء قبل و إن شاء ردّ» است يا «إن شاء قبل و إن شاء لم يقبل». و در صورت دوم می فرمايـد ملزم نيست؛ اگر خواست قبول کند تا عقد، صـحيح شود و اگر نخواسـت قبول نکنـد که آثـار صـحت بـار نشود. مراد قبول نکردن است نه اينکه عملی انجـام دهـد و صـلاحيت را از بين بـبرد. پس اين روايت اصلاً مربوط به مسئله ردّ نيست و مربوط به قبول و عدم قبول است.

جهت دوم: اگر به مسأله ردّ مربوط باشد يعنی «إن شاء ترک» را معنا کنيم «إن شاء ردّ» «إن شاء أبطله» تعبير ايشان اين است که اطلاق ندارد، در صورتی که مسأله عدم اطلاق نيست.

يـک مرتبه لفـظ به دلالـت وضـعی شامـل مصـاديق است و بـا مقـدمات حکمت، حکم را مطلق می کنيم می گوييم روی تمام مصـاديق رفته است اينجـا اشـکال در اطلاـق مطرح می شود امـا جـايی که لفـظ به دلالـت وضـعی شامـل مصـاديق نيست اينجا اصـطلاح اطلاقی تمام نيست. اگر گفتند عالم احترام دارد و نمی دانيم زيد عالم هست يا نه، اين اشـکال اطلاقی ندارد نه اينکه اطلاق قضيه اشکال دارد؛ از اول چون عالميتِ شخص مشکوک است به دلالت وضعی هم نمی شود تمسک کرد بله جايی که عالميت معلوم است نمی دانيم عـدالت معتبر است يا نه، اگر مقـدمات اطلاق تمام بود می گوييم عدالت معتبر نيست. و اگر در مقام اهمال بود مقدماتش کوتاه آمد می گوييم اطلاق ندارد.

۱- مکاسب، شيخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۷۹.

این عبارت مرحوم شیخ که اطلاق کوتاه است نه اینکه اطلاقش اشکال دارد و مقدمات حکمتش تمام نیست بلکه به این معنا است که ثابت نیست این مصداق برای آن است تا بگوییم این مطلق این را هم شامل می شود. می توان مراد از این که ناظر به کیفیت نیست را این گونه تفسیر کرد که یعنی با چه کیفیتی خود این عنوان، این مورد، مصداق قرار می گیرد یا نمی گیرد به اینها ناظر نیست.

خلاصه اینکه اگر معنا این باشد «قبول کند یا ردّ کند» در صورت در مقام بیان بودن معنایش این است که اگر قبول کند حکم قبول بار است و اگر ردّ کند به هر بیان و نحوی رد محسوب می شود.

اگر در مقام بیان بود می توان اشکال اطلاقی کرد اما ما می گوییم اگر مراد ابطال باشد، اشکال وضعی دارد اما اگر مراد ابطال نباشد و اظهار ابلاغ مخالفت کردن باشد این «إن شاء قبل و إن شاء ردّ» لفظ اطلاق هم دارد و هیچ اهمالی ندارد. ایشان در مقام بیان بودنش را اشکال می کند منتهی اگر مراد این است که می تواند مخالفتش را ابلاغ کند از این جهت در مقام بیان است و جای اشکال نیست. اصل سؤال این است که ترتیب اثر بدهد یا ندهد؟ حضرت می فرماید اختیار با خودش است، ترتیب اثر بدهد یا ندهد. این از جهت در مقام بیان بودن، در مقام بیان است و اشکالی از این جهت نیست.

در «الناس مسلطون علی اموالهم» ممکن است گفته شود اطلاق ندارد ولی اینجایی که آمده می گوید عبد ازدواج کرده یا مادر پسر را زن داده، چکار کند؟ می فرماید اختیار با خودش است این معنایش عبارت از این است اگر می خواهد باطلش کند و اگر می خواهد قبول کند، این در مقام بیان است منتهی اگر معنی این باشد از نظر مصداق خیلی روشن نیست که این وسیله ابطال چه چیزی می تواند باشد. و اگر مراد از «ترک»، اظهار مخالفت باشد آن اطلاق هم دارد. خلاصه ایشان در دلیل اول و اطلاقات مناقشه می کند.

ص: ۸۳۶

دلیل دوم: یکی بودن ملاک رد قولی وفعلی

«أنّ المـانع من صحّه الإجازه بعـد الردّ القولی موجود فی الردّ الفعلی، و هو خروج المجیز بعـد الردّ عن کونه بمنزله أحـد طرفی العقد». ملاکی که در ردّ قولی مانع از صحت اجازه هست آن در این جا هم هست. وجه صحت این است که مالک اصلی بعد از امضاء خودش به منزله ی یکی از طرفین عقد می شود ولی اگر ردّ قولی کرد، بعد بگوید موافقم، این موافقت دیگر در بنای عقلاء او را به منزله ی احـد طرفی العقـد قرار نمی دهـد. این ملاک مشترک است ما بین ردّ قولی و فعلی که مالک را به منزله ی احد طرفی العقد قرار نمی دهد.

نقد دلیل دومِ مرحوم شیخ

این یک ادعایی است که بگوییم «بنای عقلاء این است که بعـد از اینکه با عملی ابلاغ مخالفت کرد بعد بخواهد بگوید که من با آن عقـد فضولی موافقم هر چند که بعد طرف مقابل خواهش کرد و او هم با او تعامل کرد، دیگر نتواند اجازه دهد»؛ مسئله روشن و واضـحی نیست که دیگر از صـلاحیت خـارج شود حتی در لفظی هم بگویـد من قبول نـدارم بعـد خواهش کرد و آن طرف گفت اشکالی نـدارد، و این اجـازه داد این طور نیست که اجـازه بی تـاثیر باشـد اگر اجماعی باشـد به آن اجماع کسـی اکتفاء کند والّا روایت آن فرزند که رفته بود خریده بود با یک تکلف، مرحوم شیخ خواسته آنها را از موضوع ردّ خارج کند با اینکه ظواهرش، ظواهر ردّ است و بعد امام تصحیح کرده است. خلاصه این دلیل دوم هم خیلی روشن نیست.

دلیل سوم: فحوی

«مضافاً إلی فحوی الإجماع المدّعی علی حصول فسخ ذی الخیار بالفعل، کالوطء و البیع و العتق؛ فإنّ الوجه فی حصول الفسخ هی دلالتها علی قصد فسخ البیع، و إلّا فتوقّفها علی الملک لا یوجب حصول الفسخ بها، بل یوجب بطلانها؛ لعدم حصول الملک المتوقّف علی الفسخ قبلها حتّی تصادف الملک».

در باب بیع کسی که ذوالخیار است و حق دارد معامله را فسخ کند این فسخ گاهی قولی است و گاهی فعلی مثل عتق یا بیع عبد فروخته شده به دیگری یا وطی جاریه ی فروخته شده که اینها کاشف از فسخ و إعمال خیار است و دال بر بطلان آن معامله است. آنگاه اگر فسخ فعلی در بیع خیاری کفایت می کند در بیع فضولی به طریق اولی کفایت می کند. وجه اولویت آن است که بیع خیاری قطعا حادث شده و تأثیر فعلی هم در ملکیت گذاشته و تنها از حیث بقاء و استمرار متزلزل است و معذلک با فسخ فعلی قابل فسخ است پس بیع فضولی که حدوثا متزلزل است و تا اجازه نیاید تأثیری نیست و تنها قابلیت تأثیر دارد به طریق اولی با فسخ فعلی قابل فسخ است.

اینجا ممکن است کسی اشکالی کند - من مراجعه نکردم احتمال می دهم کسی اشکال کرده مثلاً صاحب جواهر که مرحوم شیخ با این بیان می خواهد او را ردّ کند - که آنچه که در باب خیارات هست، این است که اعمالی مثل بیع و شراء و امثال اینها که متوقف بر ملک است اگر اینها را انجام داد، فسح محسوب می شود و آن ملکیت قبلی باطل می شود. اما در مورد بحث ما، نقل و انتقال ناقل که متوقف بر ملک است نکرده است. اینجا تصرف عبارت است از تعریض برای بیع یا بیع باطل انجام دادن، حالا ـ می توان از آن تعدی کرد و گفت آنچه در مورد تصرفات ناقله در باب خیارات هست در اینجا در مورد تصرفات غیر ناقله است؟

ص: ۸۳۸

مرحوم شیخ می فرمایند در باب خیار فسخ، علت صحت فسخ از این بابت نیست که چون این کارها که انجام می دهد متوقف بر ملک است، قهراً لازمه ملک بودن این است که فسخ صحیح باشد. زیرا اگرآن تصرفات متوقف بر ملک داشته باشد باید این عقد خیاری باطل باشد و حق فسخ از بین برود. زیرا فرض این است که این امور متوقف بر ملک است و توقف بر ملک اقتضاء می کند ملکیت در زمان متقدّم را. نه تنها رتبه متقدّم بلکه در زمان متقدّم باید ملکیت حاصل شود تا بعد به وسیله این افعال در زمان متأخر از ملکیت خارج شود و باید در زمان متقدّم ملکیتی برای شخص داشته باشد، ملکیت شخص و فسخ با هم است در آن واحد و در رتبه واحده یک چیزی از ملک آن مشتری اول خارج می شود و داخل ملک بایع می شود و شما علت خروج و امثال اینها را هم که می خواهید خود همین امور (بیع ثانوی) قرار دهید این باید در زمان متقدّم حاصل شده باشد و قهراً علت آن در زمان سابق حاصل شده باشد و شما بخواهید بگویید خود این امور علت می شود باید علت شود برای یک چیزی که قبلاً حاصل شده پس این صلاحیت علت ندارد. و آنچه که صلاحیت دارد برای علت این است که ما از این افعال کشف می کنیم که شخص قصد فسخ داشته است. «فإنّ الوجه فی حصول الفسخ هی دلالتها علی قصد فسخ البیع» از این اعمال کشف می کنیم که شخص قصد فسخ داشته و کاشف از این هستند که یک آن قبل از اینها اراده ی فسخ کرده و آن را با اینفعل انشاء و ابراز کرده است. و این علت مشترک است در بحث ما هم همان موقعی که آمده تعریض کرده یا عقد فاسد انجام داده در حالی که متوجه عقد فضولی بوده این قصد الرد محسوب می شود. و آن عقد فضولی را باطل می کند. بنابراین اینجا هم می گوییم موجب بطلان آن عقد فضولی می شود.

ص: ۸۳۹

اینجا لازم است این مطلب را عرض کنیم که این ملکیت آناًمّا را مرحوم شیخ در جاهای دیگری هم برای تصحیح ملکیت بیان کرده است. به نظر می آید لزومی ندارد در این موارد که حکم به فسخ می کنیم گفته شود باید قبل از این افعال، قبل از این نقل و انتقال و دخول در ملک دیگری باید آناًمّا آن بایع مالک شده باشد بعد در آنّ بعدی خارج شده باشد. به خاطر این که آن چه که ما می فهمیم و ادله هم دلالت می کند این است که بایع که می خواهد مثلا بفروشد یا عتق کند باید یا مالک باشد یا ولایت بر ملک داشته باشد. خود مرحوم شیخ هم قبلاً این را ذکر کرده که ولیّ هم می تواند این افعال را انجام دهد. حالا اگر شارع مقدس گفت کسی که بیع خیاری انجام داده، ولایت دارد بر این که ملک دیگری را خارج کند و به دیگری یا به خودش منتقل کند. در این مورد که ما از ادله استفاده ثبوت خیار می کنیم می توان گفت چون ولایت دارد لازم نیست با خارج شدن از ملک آن مشتری (کسی که خریده بوده) اول داخل ملک خودش شود، بعد از ملک خودش خارج شود و به ملک آن مشتری دوم (که الان می خواهد به او بفروشد(منتقل شود. بلکه از اول شارع ولایت داده ولیّ از ملک مشتری اول خارج کند و داخل در ملک مشتری دوم کند؛ هیچ ملازمه ای ندارد که قبلاً مالک شده باشد.

دلیل بر این ولایت همان خیار است و در عرف متعارف هم هست، اختیار دارد که به هم بزند حالا ملک خودش است یا هر جوری که هست از ملک او خارج کند به دخول ملک خودش یا به دخول به ملک دیگری.

ص: ۸۴۰

معامله را از بین بردن یا به انتقال به دیگری است یا به انتقال به خودش است که به حسب بنای عقلا هر دو صحیح است اشکال عقلی ندارد که لازم باشد گفته شود این کار امکان ندارد و باید مدتی ملک این باشد و بعد به دیگری منتقل شود.

اگر پـذیرفتیم که بایـد ملـک باشـد، در اینجا که تصـرفات نوع سوم را انجام داده این افعال، صـحتش متوقف است که آناًمّا از ملک مشتری اول خارج شـده باشد و داخل ملک این شده باشد. مرحوم شـیخ این نتیجه را می گیرد که اگر کسـی اراده کرد، نفس اراده برای ردّ کفایت می کند. چون در مسـئله ما این مواردی را که بیع ثانی انجام می دهد بگوییم که فاسخ (بایع) آناًمّا مالـک شـده و نتیجه آناًمّا عبارت از این باشـد که یک چیزی که متعقب نیست به این اموری که موجب نقل و انتقال می شود آن غیر متعقب هم با نفس اراده منشأ شود که برای خروج کفایت کند. و گفته شود آن چه در آنجا ملاک هست در این اراده ای را که ما تعریض برای بیع، تعریض برای ملک قرار دادیم همان اینجا هم باشد.

نقـد: در صورت فروش، از ادله ثابت شـده آناًمّا شـخص مالک می شود و بعد هم منتقل به دیگری می شود ولی دلیلی نداریم در این موارد دیگر هم بگوییم که بـا نفس اراده تعریض برای فروش یا بیع فاسـد، فسـخ حاصل می شود پس این دلیل نیست و اگر بعض آن وجوه قبلی دلیل شد آن اشکالی ندارد آنها دلیل بر این است که ردّ است و انشاء را ابطال می کند والّا نه.

التصرفات الغیر المنافیه لملک المشتری ۹۴/۰۲/۲۸

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: التصرفات الغیر المنافیه لملک المشتری

ما یقع فی حال عدم الالتفات فالظاهر عدم تحقّق الفسخ به

عرض شد این که اصل ردّ منشأ شود که صلاحیت قبول و امضاء از بین برود این مسأله به طور کلی اثباتش عرفا مشکل است. یک کسی یک عقدی را اول امضاء نمی کند بعد با او صحبت می کنند و او امضاء می کند این طور نیست که عرفاً از صلاحیت بیافتد منتهی دعوای اجماع کردند که بعد از ردّ دیگر قابل امضاء نیست و از شأنیت می افتد ولی بعضی ها که تتبع کردند گفتند مسئله اجماعی نیست و آن روایت ولیده و امثال اینها هم که ظهورش، امضاء بعد از ردّ بود و مرحوم شیخ انصاری با تکلف خواسته بود او را تصحیح کند. خلاصه اگر دلیلی داشته باشد همین فرض اجماع است که آن هم خیلی روشن نیست. بنابراین مواردی که اجماعی نیست و صحت یک چیزی تضاد خارجی هم با صلاحیت امضاء ندارد مثل تعریض مبیع یا انجام دادن عقد فاسد آنجا دیگر هیچ دلیلی برای اینکه آن عقد فضولی از صلاحیت امضا افتاده باشد وجود ندارد.

ادّله ای که مرحوم شیخ در این بحث عنوان کردند بعضی هایش روایت و بعضی هایش طبق قواعد بود. یکی این بود که در باب خیارات دعوای اجماع شده بر اینکه اگر بایع که ذوالخیار است مبیع را به دیگری فروخت، عتق کرد، این نوع تصرفات ردّ محسوب می شود و بعد از ردّ هم یک معنای مشترکی بگیریم بین صورتی که خود اینها واقع شده یا بعضی از چیزهایی که دالّ بر عدم رضا و عدم قبول است، بگوییم ملاک این است و بعد هم با اولویت از باب خیارات به مسئله فضولی تعدّی کنیم.

ص: ۸۴۲

ما اولویت عرفیه بعضی از مقدمات را شاید قبول کنیم ولی بعضی مقدمات دیگرش را که می گوید علت اینکه به وسیله اینها (بیع صحیح) فسخ می شود این است که یک علتی دارد که آن علت مشترک است با صورتی که خود اینها عمل نشده و بعضی از افعال دیگر عمل شده باشد (مثل تعریض یا بیع فاسد). این استفاده علیت مشترک اولاً: خلاف ظواهر کلمات بزرگان سابقین است که خصوص اینها را ذکر می کنند می گویند اگر فروخت اگر عتق کرد، ظاهرش این است که در معرض فروش قرار دادن و امثال اینها کفایت نمی کند. ثانیاً: اینکه مرحوم شیخ فرمود در این موارد یک ملکیتی آناًمّا برای آن فاسخ آمده که علت آن همان اراده فسخ است عرض شد که این کشف از چند جهت، محل مناقشه است: اولاً: چه دلیلی بر این ملکیت آناًمّا وجود احتمال دارد که شخص بدون اینکه ملک آناًمّا برایش حاصل شده باشد ولایت داشته باشد بر اینکه از ملکیتِ مشتری اول اخراج کند و داخل ملکیت مشتری دوم کند. ثانیاً: اگر در یک جایی لضروره ما مجبور شدیم که یک ملکیت آناًمّا قائل شویم و آنجا حکم کنیم بر اینکه فسخی واقع می شود به چه دلیل به مطلق الاراده – اراده ای که چقدر ممکن است فاصله شود – تعدّی کنیم که مطلق اراده برای فسخ کفایت می کند. فرضاً اگر به نحو مطلق هم تعدّی کنیم – مطلق از ناحیه فصل زمانی – خصوص موردی است که بالاجماع یا به هر دلیلی ثابت است و آن مقدمه موصله است؛ یعنی اگر کسی متصل باشد به آن امور – بیع و شراء به دیگری و عتق و امثال اینها – ما دلیل داریم فسخ می شود. پس مشروط به یک شرط متاخر

است و آن این است که بعدا خود این امور بیاید، ولی در غیر موصله دلیلی نداریم. شما در موصله بگویید اگر اراده کرد ولو ده دقیقه دیگر هم این واقع شد آنجا فسخ هست ولی از موصله به غیر موصله تعدّی کردن این خیلی ادعای بدون وجه هست. به هر حال مرحوم شیخ از این تعدّی کرده که فرموده نفس الاراده - بعدش آن امور بیع ثانوی بیاید یا نیاید- منشأ می شود برای اینکه آن معامله قبلی منفسخ شود.

ص: ۸۴۳

امّا این استفاده ها خیلی زور دارد و هیچ وجهی برای آن نیست. و بر خلاف اصل استصحاب است که بگوییم صلاحیت اجازه از بین رفته است؛ جریان استصحاب در شبهات حکمیه را اگر کسی جاری بداند می گوید قبلاً صلاحیت اجازه داشته نمی دانیم از صلاحت اجازه افتاده یا نه، استصحاب می گوید هنوز صلاحیت دارد. جریان استصحاب در شبهات حکمیه را مشهور قائلند که البته یک دلیل محکم می خواهد و اگر آن را هم ما نگوییم روی قانون مقتضی و مانع هم باید آن قابلیتی که قبلاً بوده اخذ شود. خلاصه طبق قاعده به نظر می رسد که در این گونه موارد ردّی که سبب شود که دیگر قابلیت امضاء از بین برود در کار نیست.

« و أمّا الثانی و هو ما یقع فی حال عدم الالتفات فالظاهر عدم تحقّق الفسخ به»

مرحوم شیخ در ادامه می فرماید: اگر مالک ملتفت عقد فضولی نبود و یک چنین تصرفاتی(تعریض مبیع، عقد فاسد) انجام داد دلیلی برای اینکه ردّ محسوب شود نداریم. و این امور دلالتی بر انشاء ردّ ندارد؛ نفس این امور هم بما هو با اجازه بعدی تنافی شرعی ندارد. به خصوص - مرحوم شیخ این را ندارد - آنجا که اگر متوجّه شود ردّ نمی کند و تعریض برای بیع دیگری نمی کند. در این فرض، مسئله خیلی روشن تر است که امضاء فضولی از صلاحیّت نمی افتد.

«نعم، لو ثبت کفایه ذلک فی العقود الجائزه کفی هنا بطریق أولی، کما عرفت لکن لم یثبت ذلک هناک فالمسأله محلّ إشکال»

ایشـان می فرماینـد اگر در عقود جایزه (مثل عقـد خیاری) ثابت شود که تصـرفات مـذکور ولو در غیر حال التفات کفایت می کنـد و موجب فسـخ می شود در ما نحن فیه و بیع فضولی که عقـد متزلزل است به طریق اولی حکم به کفایت کردن و موجب فسخ شدن تعریض و بیع فاسد می کنیم ولی در آنجا ثابت نشده تا قیاس اولویت درست شود پس مساله محل اشکال است که موجب فسخ باشد و دلیل معتنابهی برایش نیست.

بعـد می فرماینـد بلکه آن قسم اول (مع الالتفـات) که گفتیم قابلیت از بین می رود و ردّ حساب می شود آن هم «علی اشـکال» است البته فتوی و اسـتظهار عبارت از کفایت است ولی چنـدان قطعی نیست بعضـی ها همان جا هم تصـریح کردند که کفایت نمی کنـد «فـإن بعض المعاصـرین یظهر منهم دعوی الاتفـاق علی اعتبـار اللفظ فی الفسـخ کالإجازه» «بعض المعاصـرین» منظور صـاحب جواهر است که در فسـخ و اجازه ادعای اتفاق کرده که حتماً بایـد لفظ باشـد، عمل کفایت نمی کنـد روی این جهت ولو فتوای مـا کفـایت این امور فعلی است و لفـظ لزوم نـدارد ولی چون دعوای اجمـاع شـده مسئله خیلی صاف نیست و «علی اشـکال» ثـابت است «و لـذا استشـکل فی القواعـد فی بطلان الوکاله بإیقاع العقـد الفاسـد علی متعلقها جاهلا بفساده» در قواعد اشـکال کرده و در ایضاح و جامع المقاصد هم این اشکال او را تقریر کرده اند. خلاصه اینکه ایشان می فرمایند در فسخ لفظی روشن است که ابطـال می کنـد. فسـخ عملی هم، مختار ایشان این است که اگر کسـی متوجه باشـد و به نیت فسـخ این کار را انجام دهد باطل می شود والّا نه.

بعد می فرمایند «و فی حکم ما ذکرنا الوکاله و الوصایه» در آنها هم غیر از لفظ، ردّ فعلی هم موجب بطلان وکالت و وصایت می شود «و لکن الاکتفاء فیهما بالرد الفعلی أوضح» در آنجا کفایت ردّ فعلی به دو دلیل واضح تر از مورد بحث ماست:

دلیل اول: آنها عقد جایز هستند ولی مورد بحث ما عقد لازم است و عقد لازم محکم تر است، یک دلیل محکم تر می خواهد او را ابطال کند.

دلیل دوم: این است که در باب بیع، بعض المعاصرین بر لزوم فسخ قولی، دعوای اجماع کردند اما راجع به مسئله وکالت و وصایت چنین دعوای اجماعی نشده است بنابراین در وکالت و وصایت، کفایت کردن ردّ فعلی راحت تر هست.

این بحث دیگر مطلب خاصی ندارد.

احکام ردّ بیع فضولی

«مسأله لو لم یجز المالک، فإن کان المبیع فی یده فهو، و إلّا فله انتزاعه ممّن وجده فی یده مع بقائه، و یرجع بمنافعه المستوفاه و غیرها علی الخلاف المتقدّم فی البیع الفاسد و مع التلف یرجع إلی من تلف عنده بقیمته یوم التلف أو بأعلی القیم من زمانٍ وقع فی یده» (۱) .

اگر مالک اجازه نداد این فرض احکامی دارد که در این مسأله مطرح است و آن اینکه اگر چنان چه مبیع کماکان در دست خود مالک است، مشکلی ندارد و به دنبال ردّ بیعِ فضولی، مطلب تمام است.

و اگر در دست مشتری است، می تواند از او اخذ کند مال خودش است و منافع مستوفاه و غیر مستوفاه که آیا مشتری ضامن هست یا نه بحثش گذشت. و اگر تلف شده حکم آن است که در دست هر کس تلف شده همان شخص ضامن است و مالک حق دارد به او رجوع کند و قیمتش را بگیرد حالا قیمت یوم التلف یا اعلی القیم که بحث هایش گذشت.

ص: ۸۴۶

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۸۳.

« و لو كـان قبل ذلك فی ضـمان آخر، و فُرض زياده القيمه عنـده، ثمّ نقصت عنـد الأخير، اختصّ السابق بالرجوع بالزياده عليه، كما صرّح به جماعه فی الأيدی المتعاقبه»

و بنابر اعلی القيم اگر تعقب ايادی بود و مبيع چند دست گشـته و ترّقی قيمت داشته و بعد تنزّل قيمت كرده، در دست هر كس كه ترّقی كرده همـان شـخص، ضـامن زيـاده است نه ديگری. مثلاـ اگر ارتفـاع قيمت در دست مشـتری قبلی بود و بعـد هم در دست او تنزّل پيدا كرد و با همان قيمت نازله به مشتری اخير رسـيد و در دست او تلف شد اين مشتری ضامن قيمت نازله اسـت و آن مقداری كه در سايه ارتفاع قيمت زياد شده بوده ربطی به مشتری اخير ندارد و مشتری قبلی ضامن است.

مطلبی كه خيلی قابـل فهم نيست اين است كه وقتی مالـك از اصيـل، عين مبيع يـا قيمت آن را تحويـل گرفت، اين اصيـل كه پولش را به فضولی داده آيا می تواند از فضولی آن پول خودش را بگيرد يا نه؟ اينجا مرحوم شيخ در بحثش يـك عبارتی دارد كه ظـاهر ابتـدائی اش يـك چيز غير قابل قبول است ولی بايـد بگوييم عبارات مرحوم شـيخ گويا نيست. كه بحثش بمانـد برای جلسه بعد.

حكم مشتری با فضولی در صورت ردّ مالک اصلی ۹۴/۰۲/۲۹

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: حكم مشتری با فضولی در صورت ردّ مالك اصلی

جهل مشتری به فضوليت بايع

«و أمّا حكم المشتری مع الفضولی، فيقع الكلام فيه تاره فی الثمن، و أُخری فی ما يغرمه للمالك زائـداً علی الثمن، فهنا مسألتان: الاولی أنّه يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلًا بكونه فضوليّاً، سواء كان باقياً أو تالفاً» (۱)

ص: ۸۴۷

۱- مكاسب، شيخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۸۳.

بحث در اين است كه وقتی در عقـد فضولی، مالك مبيع، عقـد را اجازه نداد به مشتری رجوع می كند و مبيع را پس می گيرد كه تفصيـل آن گـذشت اما مشتری اصيـل كه ثمن را به فضولی داده، اگر نسـبت به فضولی بودن عقد، جاهل بوده و خيال می كرده كه ملك بايع است و ثمن را به او داده، به بايع رجوع می كنـد و ثمن را پس می گيرد اگر موجود بود عينش را پس می گيرد و اگر نبود عوضـش يا قيمتش را پس می گيرد. البته اين حكم در صورتی است كه مستند مشتری، قاعـده يـد باشد و إلا حكم مسأله فرق دارد كه در ذيل به آن اشاره می كنيم:

صورت اول: اعتراف به مالكيت بايع به خاطر قاعده يد

«و لا يقدح في ذلك اعترافه بكون البائع مالكاً؛ لأنّ اعترافه مبنيّ على ظاهر يده»

مى فرمايد اعتراف مشترى به اين كه بايع را مالك مى دانسته منافاتى ندارد با اينكه مى تواند به بايع فضولى مراجعه كرده و پول را پس بگيرد به خاطر اينكه او را روى حساب قاعده يد مالك فرض كرده بوده - و به حسب متعارف معمول، يد علامت ملكيت است؛ و وقتى كسى بخواهد چيزى را معامله كند وظيفه شرعى اين است كه معامله مالكيت كند تا بيع و شراء واقع شود و اين مشترى به خاطر قاعده يد روى حكم ظاهرى، بايع را مالك فرض كرده بود – و مفروض اين است كه بيّنه اى قائم شده به فضولى بودن، و با بودن بيّنه آن اعترافى كه به استناد قاعده يد بوده كنارمى رود، در اين حرفى نيست.

ص: ۸۴۸

صورت دوم: اعتراف به مالکیت بایع به خاطر علم خارجی

«نعم لو اعترف به علی وجه یعلم عدم إسناده إلی الید کأن یکون اعترافه بذلک بعد قیام البینه لم یرجع بشیء» می گوید اگر اعترافش به خاطر علم خارجی است و مستند به ید نیست مثل آنجا که اعترافش بعد قیام بینه باشد؛ مراد از «قیام البینه» یعنی «قیام البینه بفضولیه البیع» با اینکه بیّنه قائم شده که این معامله فضولی است و این ملک زید است نه بایع ولی در عین حال این مشتری می گوید مال بایع است و بیّنه اشتباه کرده است در این صورت ولو بیّنه قائم شده برای غیر فروشنده ولی چون خودش علم خارجی دارد به اینکه این مال، مال بایع است و می گوید آن بیّنه اشتباه کرده، باید طبق علم خود عمل کند و بعداً حق ندارد مراجعه کند و ثمن را پس بگیرد ولو اینکه مالک مبیع آمده از این اصیل مبیع را به زور پس گرفته است ولی این اصیل چون یقین دارد که آن بایع، مالک است حق رجوع به او را ندارد.

صورت سوم: حکم صورت شک

«و لو لم یعلم استناد الاعتراف إلی الید أو إلی غیره، ففی الأخذ بظاهر الحال من استناده إلی الید أو بظاهر لفظ «الإقرار» من دلالته علی الواقع وجهان». در صورت شکّ که نمی دانیم اعتراف مشتری به مالکیت بایع، مستند به ید است که بتواند مراجعه کند یا مستند به علم خارجی است که نتواند مراجعه کند در این صورت مرحوم شیخ می فرمایند دو احتمال هست:

احتمال اول: ظاهر حال را ملاک قرار داده و بگوییم وی به قاعده ید عمل کرده است زیرا حال متعارف اشخاص این است که به قاعده ید اخذ می کنند و نوعاً علم به واقع ندارند لذا می تواند مراجعه کرده و پول را پس بگیرد.

احتمال دوم: ظاهر لفظ إقرار را ملاک قرار داده که ظهور در اخبار از واقع دارد کأنّ ظاهرش این است که از واقع خبر دارد و عالمانه اقدام کرده، پس حق رجوع ندارد.

ترجیح احتمال اول

مرحوم شیخ در صورت شک دو وجه بیان کرده است ولی تصمیم نگرفته اما به نظر می رسد که احتمال اول درست باشد به خاطر این که طبق عرف متعارف است. برای روشن شدن بحث چند مثال می زنیم:

مثال اول: از شما بپرسند آن خانه ی کیست؟ می گویید خانه زید است در حالی که شما علم به واقع ندارید به نحوی که تحقیق کرده باشید از مبدأ اول تا آخر که این خانه وجود پیدا کرده است.

مثال دوم: الان راجع به عبایی که ما داریم هیچ کدام از ما یقین نداریم بر اینکه ما الان مالک واقعی باشیم یا از بازار خریدیم یا هدیه گرفتیم دیگر بیشتر از این متعارف نیست که از اول نخش را خود ما بافته باشیم و مقدماتش را تهیه کرده باشیم.

مثال سوم: از پاکی و نجسی لباس سوال می کنند می گوید پاک است که در این شهادات منظور پاک ظاهری است نه اینکه انسان قطع داشته باشد. مصداق برای قطع داشتن خیلی نادر است. یک وقتی مرحوم حضرت امام از مرحوم آقا سید محمد کاظم یزدی نقل کرد که ایشان می فرموده که اینها که به طهارت واقعیه خیلی مقیدند اشتباه است برای اینکه فرض کنید برای طاهر واقعی بودن، برود داخل شط تمام لباس ها و بدنش را بشوید آیا این شخص می تواند به طور یقینی قسم بخورد که تمام این آبهایی که جریان دارد ذرات نجاسات همراه آن نیست؟!

ص: ۸۵۰

مثال چهارم: آن روایتی که می گوید به حسب استصحاب می شود شهادت داد ـ من دقیق یادم نیست که چه بود تا بعد روایت را درست ببینیم ولی الان نقداً این طور احتمال می دهم که آن شهادت بر حسب استصحاب، ـ مشهودش این است که اگر به طور مثال با استصحاب بگوید این خانه، مال زید است یعنی ظاهراً ملک زید است نه اینکه مورد شهادت عبارت از مالکیت واقعی است بعد با این ادله ای که می گوید چیزی را که شهادت می دهی باید مثل شمس ببینی. چطور با استصحاب یک چنین چیزی درست می شود؟ آن را بگوییم کسی که شهادت می خواهد بدهد چون علم واقعی ندارد که شهادت بدهد پس به حسب ظاهر شهادت بدهد که ملک زید است.

خلاصه اینکه در اینجا که شیخ وجهان ذکر کرده به نظر می رسد که همان استناد به ید درست تر از این است که بگوییم این عالماً بالواقع هست که نتواند مراجعه کند.

علم مشتری به فضولی بودن بایع

«و إن كان عالما بالفضوليه فإن كان الثمن باقيا استرده... إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا». (۱)

اگر مشتری علم دارد که بایع، فضولی و غاصب است و معذلک اقدام به معامله کرده ایشان می فرمایند اگر ثمن در دست بایع فضولی، تلف شده باشد، مشتری حق رجوع ندارد که بحثش بعدا می آید. اما اگر ثمن باقی باشد می تواند استرداد کند به خاطر این که با بینه ثابت شده که مبیع مال بایع نیست و چیزی که شرعاً سبب انتقال ثمن به فضولی گردد حاصل نشده لذا وجهی برای تملّک فضولی نیست؛ پس مادامی که ثمن در دست فضولی است ملک مشتری بوده و حق دارد که آن را پس بگیرد.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۸۴.

اشکال

خود مشتری عالماً به اینکه او فضولی است ثمن را داده و او را بر آن مسلّط کرده و این به منزله ی تملیک مجانی است پس حق استرداد ندارد؟

جواب اول: نقض به بیع فاسد

«و مجرد تسلیطه علیه لو کان موجبا لانتقاله لزم الانتقال فی البیع الفاسد لتسلیط کل من المتبایعین صاحبه علی ماله». وجهی ندارد که صرف تسلیط باعث تملّک شود چون بعد از معامله، مالکِ ثمن، آن شخصی است که مبیع مال او بوده نه بایع فضولی که حین العقد مبیع را داده است و اگر قرار شود که این طور موارد باعث تملّک شود باید در تمام معاملات باطل، نقل و انتقال واقع شده باشد برای اینکه آنجا هم تسلیط در کار هست که غیر از اباحه تصرف است. ولی شارع در عقدهای فاسد نقل وانتقال را امضا نکرده است. لذا مالك ثمن حق استرداد ثمن را دارد.

جواب دوم: جواب حلّی

«و لأنّ الحکم بصحّه البیع لو أجاز المالك کما هو المشهور یستلزم تملّك المالك للثمن، فإنّ تملّکه البائع قبله یلزم فوات محلّ الإجازه؛ لأنّ الثمن إنّما ملکه الغیر، فیمتنع تحقّق الإجازه، فتأمّل».

در همین فرضی که مشتری با علم به فضولی بودن معامله کرده وثمن را به بایع داده و هنوز ثمن در دست بایع موجود است اگر مالك اصلی به جای ردّ، معامله را اجازه دهد، طبق مشهور اجازه ی او صحیح و مؤثّر است و نتیجه صحت این است که ثمن به ملك مالكِ مجیز منتقل می شود و در این صورت معنا ندارد که مشتری به بایع فضولی مراجعه کند و درخواست استرداد ثمن نماید. در حالی که اگر به مجرد تسلیط، ثمن به فضولی منتقل شده بود، اجازه ی مالك اصلی تأثیری نداشت و باید عقد فضولی باطل می شد و حال آنکه طبق مشهور صحیح است. پس فتوای مشهور به صحت و تأثیر اجازه دلیل آن است که هنوز ثمن به بایع فضولی منتقل نشده است.

ص: ۸۵۲

عدم ضمان بایع در صورت تلف شدن ثمن ۹۴/۰۲/۳۰

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: عدم ضمان بایع در صورت تلف شدن ثمن

ادامه بررسی صورت باقی بودن ثمن

«و لأنّ الحکم بصحّه البیع لو أجاز المالك کما هو المشهور یستلزم تملّك المالك للثمن، فإنّ تملّکه البائع قبله یلزم فوات محلّ الإجازه؛ لأنّ الثمن إنّما ملکه الغیر، فیمتنع تحقّق الإجازه، فتأمّل». (۱)

مرحوم شیخ فرمود این که مشتری عالماً بالفضولیه ثمن را تسلیط به فضولی کند منشأ انتقال نمی شود. دو دلیل آورد، دلیل اول که دلیل نقضی بود عبارت از این بود که اگر صرف تسلیط، منشأ انتقال شود باید در همه بیع های فاسد نقل و انتقال واقع شود. و دلیل دوم عبارت از این بود که باید عقد فضولی را بر خلاف مشهور-خود ایشان هم قول مشهور را قبول دارد- باطل دانست به خاطر این که اگر تسلیط منشأ انتقال باشد قبل از اجازه، ثمن به وسیله تسلیط به بایع فضولی منتقل شده است قهراً مالك مبیع نمی تواند ملك دیگری را اجازه دهد پس عقد فضولی بر خلاف مشهور باطل خواهد شد.

قوله: «فتأمّل»

«فتأمّل» شاید اشاره باشد به این که (منافاتی بین دو مطلب نیست، هم مطابق مشهور می گوییم عقد فضولی صحیح است و هم می گوییم که تسلیط موجب نقل و انتقال است و اشکال شما که فرمودید بنابر اینکه تسلیط سبب نقل وانتقال باشد، محل اجازه از بین خواهد رفت این در صورت قول به ناقلیت اجازه است و إلّا) در صورت قول به کاشفیت که مرحوم شیخ و معمول سابقین قائلند هیچ مشکلی پیش نمی آید زیرا درست است که تسلیط موجب تملیك است ولی در این مورد که تسلیط قبل از اجازه است بنابر کشف قبل از تسلیط، ملکیتِ ثمن منتقل به ملك مجیز شده است. نفس عقد که علت برای انتقال است فقط تقدّم رتبی بر معلول دارد نه تقدّم زمانی و در واقع زمانِ تحقق علت (عقد) همان زمان تحقق معلول (انتقال ملکیت) است قهراً وقتی مشتری ثمن را به بایع تسلیط می کند، مال مجیز را تسلیط کرده است چون زمان تسلیط بعد از عقد است. پس روی این مبنا، ایراد شما که مطابق نظر مشهور اشکال کردید، وارد نیست.

ص: ۸۵۳

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۸۵.

به هر حال اگر عقد فضولی صحیح باشد اشکال شما وارد نیست و اگر باطل باشد ثمن، ملك خود مشتری بوده و او ملك خودش را تسلیط کرده که ملك فضولی شود.

بررسی سببیّت تسلیط برای اباحه تصرف

«و هل يجوز للبائع التصرّف فيه؟ وجهان، بل قولان، أقواهما العدم؛ لأنّه أكل مالٍ بالباطل».

اگر گفتیم ولو اینکه مشتری، عالم به فضولیت باشد تسلیط موجب تملیک نیست آیا موجب اباحه تصرف برای بایع می شود؟ مرحوم شیخ می فرمایند که دو قول در مسأله است: جواز تصرف و عدم جواز تصرف. و قول أقوی، عدم جواز تصرف است به خاطر این که در معاملاتی که مُنشأ، ممضی نیست بخواهد غیر آن چه انشاء شده واقع شود، أکل مال بالباطل است؛ اگر مُنشأ واقع نشد دیگر به هیچ وجه نمی تواند در ملک دیگری تصرف کند؛ اکل مال بالباطل است و جایز نیست.

فرض مسئله عبارت از صورت عالم بودن مشتری به فضولیت است، در فرض جهل که تسلیطش از روی جهل بوده شبهه ای نیست که حق جواز تصرف واقعی ندارد؛ آنکه کمی شبهه دارد صورتی است که با علم به فضولیت، مع ذلک تسلیط کرده، کأنّ خواسته اجازه تصرف دهد. ایشان می فرماید حق این است که اجازه ای که به مناط ملکیت ولو ملکیت ادعایی باشد این اجازه فایده ندارد و اکل مال بالباطل است.

عدم حق رجوع درصورتِ تلف شدن ثمن

«هذا کلّه إذا کان باقیاً، و أمّا لو کان تالفاً، فالمعروف عدم رجوع المشتری...». (1)

ص: ۸۵۴

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۸۵.

مرحوم شیخ می فرماید که اگر ثمن تلف شده باشد مشهور ما بین علماء این است که مشتری عالم به فضولیت، حق رجوع به بایع را ندارد بلکه از طرف عده ای مثل حلّی (۱) و علامه و بعضی های دیگر ادعای اجماع شده است. و علت آن این است که مشتری بلاعوض بایع را بر ملکش مسلط کرده است بله اگر تسلیط مع العوض بود بایع باید عوضش را بدهد ولی تسلیط بلا عوض، ضمان ندارد و اینجا تسلیطِ بلا عوض است چون مفروض این است که می داند بایع، فضولی است.

دو دلیل برای ضمان

«توضیح ذلک: أنّ الضمان إمّا لعموم «علی الید ما أخذت» و إمّا لقاعده الإقدام علی الضمان الذی استدلّ به الشیخ و غیره علی الضمان فی فاسد ما یضمن بصحیحه». مرحوم شیخ در توضیح مطلب می فرمایند که ضمان دو دلیل می تواند داشته باشد:

دلیل اول: قاعده ید است «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» که خیلی ها برای اثبات ضمان در موارد مختلف به آن تمسک کردند.

دلیل دوم: قاعده اقدام بر ضمان است. کسی که یک چیزی را اخذ کرده خودش اقدام کرده برای ضمان که مجانی مال او نشود. لذا در صورت تلف شدن ثمن باید بایع به مشتری خسارت بپردازد.

عدم جریان قاعده ید: «و الأوّل مخصَّص بفحوی ما دلّ علی عدم ضمان من استأمنه المالک و دفعه إلیه لحفظه کما فی الودیعه، أو الانتفاع به کما فی العاریه، أو استیفاء المنفعه منه کما فی العین المستأجره، فإنّ الدفع علی هذا الوجه إذا لم یوجب الضمان، فالتسلیط علی التصرّف فیه و إتلافه له ممّا لا یوجب ذلک بطریق أولی».

ص: ۸۵۵

۱- مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه، علامه حلی، ج ۵، ص ۵۵.

قاعده ید در سه باب تخصیص خورده و اگر به آن موارد تخصیص خورده پس تخصیص به ما نحن فیه به طریق اولی خواهد بود آن سه باب عبارتند از: باب ودیعه، باب عاریه، باب اجاره.

به بیان دیگر در جایی که کسی آخذ را تأمین کرده حالا تأمین یا برای حفظ عین است مثل باب امانت، یا برای إباحه ی انتفاع است مثل باب عاریه یا تملیک منفعت است مثل باب اجاره که در هر سه مورد آن عینی که در اختیار طرف گذاشته می شود، تأمین مالکی دارد و چیزی که تأمین مالکی دارد مورد اجماع و اتفاق هست که در صورت تلف شدن عین، ضمانی برای آخذ نیست. و اگر در این موارد که اجازه تصرف داده و عین را هم در اختیار او گذاشته است، ضمان نیست در ما نحن فیه به طریق اولی ضمان نیست زیرا در این سه مورد برای حفظ و انتفاع بردن است ولی در مانحن فیه تسلیط برای مطلق تصرفات و بالاتر از همه اتلاف است.

اشکال: «و دعوی: أنّه إنّما سلّطه فی مقابل العوض، لا مجّاناً حتّی یشبه الهبه الفاسده التی تقدّم عدم الضمان فیها». مستشکل می گوید اگر تأمین مالکی، تأمین مجانی باشد یعنی پولی در مقابل عین گرفته نشود مثل عاریه یا امانت یا حتی در باب اجاره هم نسبت به عین مجانی است در این صورت ضمان

اما در مانحن فیه تامین مالکی در مقابل عوض بوده و عوض به دست مشتری نرسیده، پس حق دارد ثمن یا بدل یا قیمت آن را پس بگیرد. نیست و هم چنین تسلیط مجانی نبوده تا شبیه هبه فاسده گردد که چون صحیح آن موجب ضمان نیست فاسد آن هم موجب ضمان نباشد.

ص: ۸۵۶

دفع اشکال: « مندفعه: بأنّه إنّما سلّطه فی مقابل ملک غیره، فلم یُضمّنه فی الحقیقه شیئاً من کیسه، فهو یشبه الهبه الفاسده و البیع بلا ثمن و الإجاره بلا أُجره، التی قد حکم الشهید و غیر واحد بعدم الضمان فیها».

ایشان می فرمایند اشکال وارد نیست به خاطر اینکه درست است که در ظاهر تسلیط به عوض بوده نه مجانی ولی تسلیط در مقابل عوضی بوده که ملک غیر است و خود مشتری هم علم به فضولیت بایع داشته مع ذلک ثمن را به فضولی داده پس در حقیقت مشتری ثمن را مجانی در اختیار فضولی گذاشته است و در نتیجه ضمانی در کار نیست شبیه بیع بلا ـ ثمن، که باطل است ولی ضمان ندارد یا اجاره بلا اجره که ضمان ندارد یا هبه فاسده طرف مالک نمی شود چون فاسد است ولی اگر تلف شد، آخذ ضامن نیست؛ در بحث قاعده «ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده» بحثش گذشت که موجب ضمان نمی شود. (۱) پس اینکه الان ثمن را در اختیار فضولی گذاشته است، به حسب انشاء و قرارداد از کیسه فضولی چیزی خارج نمی شود. خلاصه قاعده ید همان طور که در موارد دیگر تخصیص خورده، اینجا هم تخصیص خورده است. و بایع در صورت تلف شدن ضامن نیست.

عدم جریان قاعده إقدام بر ضمان

«و من ذلک یعلم عدم جریان الوجه الثانی للضمان و هو الإقدام علی الضمان هنا؛ لأنّ البائع لم یُقدم علی ضمان الثمن إلّا بما علم المشتری أنّه لیس ملکاً له». (۲)

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۱۸۶.

۲- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۸۷.

ایشان می فرمایند با این جوابی که به مستشکل داده شد، معلوم می شود که دلیل دوم ضمان (اقدام بر ضمان) هم در اینجا جاری نمی شود به خاطر این که بایع فضولی اقدام نکرده که در عوض ثمن چیزی از کیسه خودش خارج شود بلکه اقدام کرده که عوض از کیسه دیگری (مالک اصلی مبیع) خارج شود.

إن قلت: «تسلّطه علی الثمن بإزاء مال الغیر لبنائه و لو عدواناً علی کونه ملکاً له».

إن قلت که اقدام به ضمان در کار است چون در تمام مباحث فضولی فرض این است که یک معاوضه حقیقی واقع شده است و معاوضه حقیقی در جایی هست که معامله، اشکال انشائی نداشته باشد کسی که با فضولی معامله می کند عالماً بالفضولیه باید بایع را مالک فرض کند تا بتواند معامله حقیقی کند منتهی عدواناً او را مالک فرض می کند و بعد به همین که فرض کرده مالک است تسلیط می کند و فرض هم می کند که آن عین مبیع که در مقابل ثمن قرار گرفته از کیسه بایع خارج می شود پس طبق انشاء و بناگذاریی که در معامله شده - همان که مصحح معامله است - این ثمن مجانی نیست و در مقابل خروج مبیع از ملک بایع فضولی، ثمن داخل ملکش می شود پس آنکه ادعایی است مالکیتش است ولی دو چیزش ادعای نیست یکی تسلیطش و دیگری تضمینش؛ بنابراین اینجا اقدام به ضمان در کار هست.

بررسی یک اشکال و جواب در مورد ضمان بایع ۹۴/۰۳/۰۲

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: بررسی یک اشکال و جواب در مورد ضمان بایع

ص: ۸۵۸

بررسی «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و ...»

نظر مرحوم شیخ: عدم ضمان برای بایع

اگر مشتری عالماً بالفضولیه ثمن را در اختیار فضولی گذاشته باشد، یک بحث این بود که در صورت بقاء ثمن، فضولی مالک نمی شود و تصرف در ثمن برای او جایز نیست به خاطر این که اکل مال بالباطل است. بحث دیگر این است که در صورت تلف شدن ثمن آیا بایع ضامن است یا نه؟ مختار مرحوم شیخ عدم ضامن است به خاطر این که مشتری با علم به فضولیّت تسلیط کرده لذا تسلیط او مجانی است و ضمانی در کار نیست. و دو قاعده ید و إقدام به ضمان در اینجا جاری نیست.

إن قلت: ضمان ثابت است

«تسلّطه علی الثمن بإزاء مال الغیر لبنائه و لو عدواناً علی کونه ملکاً له...». (۱)

مستشکل می گوید که اقدام به ضمان در کار است چون در تمام مباحث فضولی فرض این است که یک معاوضه حقیقی واقع شده است و معاوضه حقیقی در جایی هست که معامله، اشکال انشائی نداشته باشد. در بحث ما یک بناگذاری شده که آن

منشأ صحت معامله است و معامله ولو فاسد است ولی صلاحیت این که با اجازه تصحیح شود را دارد زیرا اصل معاوضه توسط فضولی محقق شده و مالک اصلی هم امضاء می کند و صحیح می شود و اگر اصل انشاء و بناگذاری بر معاوضه در کار نباشد، بیع فضولی با اجازه قابل تصحیح نخواهد بود.

ص: ۸۵۹

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۸۷.

در معامله فضولی، طرفین یکدیگر را مالک فرض می کنند و تا این بناگذاری نباشد، معامله صحت تأهلی نخواهد داشت. و نتیجه ی بناگذاری این می شود که تضمین معاملی در بیع غاصب هم هست و هر چند مالکیت طرف ادعایی است ولی تضمین طرف حقیقی است و ضمان ثابت است.در این صورت دیگر تضمین مجانی نیست تا همانند هبه های خارجی شود که در آن، طرف اصلاً تضمین معاملی ندارد.

تنظیر برای ثبوت ضمان

« فهو كما لو ظهر المثمن المعيّن ملكاً للغير، فإنّ المشترى يرجع إلى البائع بالثمن مع التلف اتّفاقاً...». (۱)

سپس مستشکل یک تنظیر می کند و می گوید فرض ما (صورت علم مشتری به غصبیت) شبیه فرض جهل است که بعداً کشف خلاف شود که مثمن ملک غیر بوده است. در فرض جهل در صورت تلف شدن ثمن به اتفاق فقهاء، بایع ضامن است و مشتری حق دارد به بایع مراجعه کرده و بدل مالش را بگیرد. در حالی که تضمین بر مال واقعی فضولی نبوده بلکه بر مال غیر بوده است. پس همان طوری که در فرض جهل، تضمین حقیقی است ولی منشأش اعتقاد به مالکیت است که کشف خطأ آن به تضمین ضرر نمی زند هکذا در فرض علم، تضمین حقیقی است و منشأش که بنای عدوانی بر مالکیت است به این تضمین حقیقی ضرر نمی زند؛ پس تسلیط مجانی نیست و بایع ضامن است.

قلت: ضمان ثابت نیست

« الضمان كون الشى ء فى عهده الضامن و خسارته عليه، و إذا كان المضمون به ملكاً لغير الضامن واقعاً فلا يتحقّق الضمان الحقيقى مع علمهما بذلك».

ص: ۸۶۰

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۸۸.

مرحوم شیخ نخست از اصل اشکال جواب می دهند و سپس از تنظیر:

جواب از اصل اشکال: اول ضمان را معنا می کینم تا بعد ببینیم در ما نحن فیه ضمان حقیقی وجود دارد یا خیر. ضمان این است که شخص ضامن در عهده اش است که از مال خودش، خسارت متوجه شده به طرف مقابل را جبران کند آنگاه در مواردی که مضمونٌ به، مالی از اموالِ خودِ ضامن باشد ضمان معنی دارد و وی به عهده گرفته که از مال خویش بپردازد، امّا در موردی که مضمونٌ به مال دیگران است و طرفین هم می دانند که مال دیگری است معذلک معامله می کنند ولو صورتاً تضمین هست ولی ضمان حقیقی در کار نیست و بایع چیزی بر عهده نگرفته است و بناگذاری متعاقدین بر مالکیت عدوانی فقط این نقش را دارد که طرفین بتوانند به طور جدّ انشاء تملیک و تملّک کنند و گرنه معاوضه ی حقیقی میان دو مالک اصلی است، ضمانت واقعی هم میان آن دو است و بر فرض اجازه، مالک اصلی ضامن ثمن است. پس ضمان حقیقی برای غاصب نیست و تسلیط او تسلیط به عوض نیست بلکه مجانی است و اگر ثمن در نزد او تلف شد، ضامن نیست.

جواب از تنظیر: « و أمّا رجوع المشتری مع اعتقاد المتبایعین لمالکیه البائع للمثمن عند انکشاف الخطأ مع أنّه إنّما ضمّنه بمال الغیر فلعدم طیب نفسه...».

قیاس فرض علم به فرض جهل، مع الفارق است. زیرا در فرض جهل از اول طیب نفس مالک به این بوده که خیال می کرد مثمن ملک او می شود و عوضی در کار است ولی بعداً که کشف خلاف شد، طیب نفس دیگری در کار نیست و لذا تصرف فضولی در ثمن، بدون طیب نفسِ مالک بوده و ضامن است. اما در فرض علم به فضولیّت، طیب نفس مالک به تصرف و اتلاف موجود است و بایع حق دارد تصرف کند و اگر تصرف کرد ضامن نیست.

اشکال نقضی دوم (ثبوت ضمان)

«و ممّا ذکرنا یظهر أیضاً فساد نقض ما ذکرنا بالبیع مع علم المشتری بالفساد، حیث إنّه ضمّن البائع بما یعلم أنّه لا یضمن الثمن به، و کذا البائع مع علمه بالفساد ضمّن المشتری بما یعلم أنّ المشتری لا یضمن به، فکأنه لم یضمّنه بشی ء».

مستشکل در نقض دوم می گوید: نفی ضمان از بایع غاصب با علم مشتری به غاصبیت، نقض می شود به موردی که دو مالک اصلی با یکدیگر معامله می کنند و مشتری می داند که این معامله فاسد و باطل است و واجد شروط صحت نیست و معذلک ثمن را به بایع تسلیم می کند و در مقابل بایع را ضامن می کند به چیزی که می داند که او ضامن نمی شود. یا بایع علم به فساد دارد و معذلک مثمن را به مشتری می دهد و او را ضامن می کند به چیزی که او ضامن نمی شود و گویا اصلا تضمینی نیست و مجانا تسلیط کرده است ولی معذلک فقهاء فتوی به ضمان داد ه و فرموده اند اگر ثمن در دست بایع تلف شد ضامن است، اگر مثمن در دست مشتری تلف شد ضامن است حال همان طوری که در این موارد با اینکه حقیقتا تضمینی نیست ولی حکم به ضمان شده است هکذا در ما نحن فیه هم حکم به ضمان بایع فضولی می شود.

جواب از اشکال دوم (عدم ضمان)

«وجه الفساد: أنّ التضمین الحقیقی حاصل هنا لأنّ المضمون به مال الضامن...».

می فرماید نقض وارد نیست چون در معاملات فاسده، مالکیت واقعی برای طرفین هست؛ عوض مال خود مشتری است و معوض هم مال خود بایع است؛ منتهی شارع نقل و انتقال را امضاء نکرده است ولی در ما نحن فیه بایع، مالک واقعی نیست و قرارداد معاملی این گونه نیست که از ملک خود بایع، خسارت داده شود. اما در معاملات فاسده، درست است که نقل و انتقال صورت نمی گیرد ولی قرارداد معاملی این است که وقتی مبیع به ملک مشتری منتقل می شود در مقابل ثمن از ملک او خارج شده و به ملک بایع منتقل شود و قهراً در معاملات فاسده، ضمان مجانی نیست ولی در مورد بحث ما که مشتری علم به فضولیت دارد ضمان مجانی است.

به عبارت دیگر در معاملات فاسده اصل تضمین حقیقی وجود دارد و مشتری حقیقتاً بایع را ضامن به پرداخت می کند و هکذا بایع، منتهی فساد عقد مانع از نفوذ این تضمین، در نظر شارع است و وقتی شارع این ضمان خاص را امضا نکرد اصل ضمان از بین نمی رود به دلیل قانون اقدام شخص (بایع یا مشتری) بر ضمان حقیقی و یا به دلیل قانون ید که طرف بر مال طرفِ دیگر ید و سلطه یافته بدون اینکه مجاناً در اختیار او گذارده باشد یا به صورت امانت به او داده باشد. ولی در ما نحن فیه تضمین حقیقی در کار نیست و تسلیط مجانی است و هیچ کدام از دو قانون ید و اقدام جاری نیست.

تبصره ای به نقض دوم (عدم ضمان)

«نعم، لو کان فساد العقد لعدم قبول العوض للملک کالخمر و الخنزیر و الحرّ قوی اطّراد ما ذکرنا فیه: من عدم ضمان عوضها المملوک مع علم المالک بالحال».

دو مالک اصلی که معامله ی فاسد انجام می دهند گاهی فساد بیع آنها به خاطر این است که عوضین هر دو مالیت دارند و قابل تملک هم هستند ولی فاقد برخی از شروط صحت بیع می باشند مثلا مکیل یا موزون را به کیل یا وزن نفروخته اند؛ در این فرض حکم همان است که ذکر شد که ضمانت بود ولی گاهی فساد بیع به خاطر مالیت نداشتن یکی از عوضین و قابل تملک نبودن آن است؛ مثلاـ بایع، خمر یا خنزیر یا انسان حرّی را به مشتری می فروشد و مشتری هم می داند که اینها مالیّت ندارند و ثمن در برابر آنها واقع نمی شود و معذلک اقدام می کند و ثمن را به فروشنده تحویل می دهد چنین موردی مثل ما نحن فیه است که تضمین مجانی است نه تضمین حقیقی؛ و اگر ثمن نزد بایع تلف شد وی ضامن نیست و مشتری حق مراجعه به وی را ندارد این موارد شبیه بیع بلا ثمن یا اجاره بلا اجره است.

ص: ۸۶۳

تفسیر «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و ...»

از آغاز فراز «و اما لو کان تالفاً» تا اینجا همه ی سعی و تلاش مرحوم شیخ بر این بود که اگر مشتری می دانست که بایع فضولی است و معذلک با او معامله کرد وثمن را به او تسلیم نمود و او هم ثمن را تلف کرد ضامن نیست و ادله ضمان (قاعده ید و قانون اقدام) اینجا را شامل نیست و ضمان حقیقی وجود ندارد ولی در اینجا مرحوم شیخ می فرمایند که و لکن اطلاق قول فقهاء «أنّ کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» اقتضا می کند که در ما نحن فیه و شبه آن ضمان وجود داشته باشد. زیرا بیع و اجاره از چیزهایی هستند که یضمن بصحیحه و باید روی قاعده، فاسدش هم ضمان داشته باشد. پس باید در بیع بلا ثمن و اجاره بلا اجره و ما نحن فیه (که مشتری عالماً بالفضولیه تسلیط کرده) ضمان وجود داشته باشد.

بیان مطلب: در اینکه منظور از موضوع این قاعده یعنی «کل عقد» چیست سه تفسیر وجود دارد که دو تفسیر باطل و یک تفسیر صحیح است و طبق تفسیر صحیح، ضمان ثابت است.

تفسیر اول: کل عقد یعنی کل شخص عقد (عدم ضمان)

«إلّا أن یفسّر بما أبطلناه سابقاً: من أنّ کلّ عقد یضمن علی فرض صحّته یضمن علی فرض فساده».

«کل عقد یضمن بصحیحه» را این گونه تفسیر کنیم که «کل شخص عقد» یعنی هر عقد شخصی که در خارج واقع می شود، اگر صحیح بود ضمان داشت حالا هم که فاسد است ضمان دارد. و یا اگر صحیح بود، ضمان نداشت حالا هم که فاسد است ضمان ندارد. به صورت تعلیقی فرض کنیم و باید کلمه «علی فرض صحّته» را در تقدیر گرفت و علت تقدیر آن است که عقد شخصی که دو فرد ندارد که تا بگوییم فرد صحیح آن کذا و فرد فاسد آن کذا بلکه یک فرد و شخص بیشتر نیست و لذا باید به صورت فرضی محاسبه شود.

طبق مقتضای این تفسیر، بیع بلا- ثمن یا اجاره بلا- اجره یا بیع به فضولی عالماً بالفضولیه، اینها اگر صحیح بودند، ضمانی نداشتند چون مجانی می خواهد به طرف بدهد حالا هم که فاسد هستند ضمان ندارند. این طور اگر باشد عدم ضمان که ما قائل شدیم طبق قاعده می شود و با کلمات قوم منافات پیدا نمی کند.

تفسیر دوم: مراد صنف یا نوع هر عقد است (ثبوت ضمان)

«لکنّک عرفت ضعف هذا المعنی فیما ذکرناه سابقاً فی توضیح هذه القضیّه؛ فإنّ معناه: أنّ کلّ عقد تحقّق الضمان فی الفرد الصحیح منه یثبت الضمان فی الفرد الفاسد منه، فیختصّ موردها بما إذا کان للعقد فردان فعلیّان، لا الفرد الواحد المفروض تاره صحیحاً و أُخری فاسداً».

ایشان می فرمایند ما قبلاً- در مقبوض به عقد فاسد که این قانون را بحث کردیم گفتیم که این تفسیر اول بر خلاف ظواهر کلمات قوم است. (زیرا مشتقات ظهور در فعلیت دارند و منظور صحیح و فاسد فعلی است و عقد شخصی دو فرد بالفعل ندارد).

در «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»، ظاهر کلمات قوم این است که نوعِ عقد فرض شده، نوعی که دو فرد خارجی دارد نه شخصی که دو فرد پیدا می کند و فقط فرضی است.

آن وقت طبق این ظاهر، آن نوعی که دو قسم دارد (فرد صحیح و فاسد) اگر فرد صحیح ضمان داشت، فرد فاسدش هم ضمان دارد. بیع که صحیحش ضمان دارد فاسدش هم ضمان دارد. بنابراین در ما نحن فیه ضمان ثابت است. و آن عدم ضمان که ما قائل شدیم خلاف قاعده و کلمات قوم است.

ص: ۸۶۵

تفسیر سوم: مراد جنس عقد باشد (عدم ضمان)

«نعم يمكن تطبيق المعنى المختار فيما نحن فيه و شبهه بأن لا يكون المراد من العقد فى موضوع القضيّه خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود كالبيع و الصلح بل يراد مطلق المعامله الماليّه التى يوجد لها فردان صحيح و فاسد، فيقال: إنّ ما نحن فيه و البيع بلا ثمن و الإجاره بلا اجره، تمليك بلا عوض من مال الآخر، و الفرد الصحيح من هذه المعامله و هى الهبه الغير المعوّضه لا ضمان فيها، ففاسدها كذلك، فتأمّل». (۱)

بله می توان طور دیگری تفسیر کرد که عدم ضمان خلاف قاعده و کلمات قوم نباشد؛ این گونه که گفته شود مراد از «کل عقد يضمن بفاسده» عقود متعارف معمولی نیست بلکه اشاره به یک امر انتزاعی است که غیر از این عقود متعارف است یعنی «مطلق معامله مالی» که دو فرد داشته باشد صحیح و فاسد. که اگر فرد صحیح آن ضمانی شد فاسدش هم ضمانی است و اگر معامله مالی فرد صحیحش بی ضمان شد فاسدش هم بی ضمان است.

طبق این تفسیر، معامله مالیِ مجانی (چیزی را به کسی تملیک کردن) صحیحش ضمانی نیست پس فاسدش هم ضمانی نیست. بنابراین در مثل مورد بحث ما ضمان نیست. و عدم ضمان که ما قائل شدیم مطابق قاعده و کلمات قوم است.

«فتأمّل»: (ثبوت ضمان)

«فتأمل» اشاره به ضعف تفسیر سوم است زیرا متبادر از کلمه «کل عقد» عبارت است از انواع متعارفی که مشتمل بر صحیح و فاسد هستند مثل بیع و اجاره، نه عنوان معامله مالیّ.

ص: ۸۶۶

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۹۱.

به عبارت دیگر ما طوری تفسیر کنیم که افراد متعارف از تحت عام خارج شود این تفسیر درستی نیست. «کل عقد یضمن بصحیحه» افراد متعارفش عبارت از بیع و اجاره و صلح و ... است نه اینکه بگوییم ما دوتا عقد داریم یکی عقد مالی و دیگری عقد غیر مالی.

این تفسیر سوم خیلی غیر متعارف است و این عبارت «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و ...» بلااشکال در کلمات قوم بر بیع تطبیق می شود؛ می گویند بیع عقدی است که صحیحش ضمانی است بنابراین فاسدش هم ضمانی است لذا در بیع بلا ثمن و ما نحن فیه باید ضمان وجود داشته باشد.

نتیجه: طبق تفسیر اول و سوم در ما نحن فیه، بایع ضامن نیست ولی این دو تفسیر باطل بود و طبق تفسیر دوم که صحیح بود در ما نحن فیه باید حکم به ضمان کرد نه عدم ضمان. پس آن قول مرحوم شیخ به عدم ضمان خلاف قاعده «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» و خلاف کلمات قوم است. تا ببینیم در ادامه بحث مطابق کلمات قوم می شود یا نه.

جمع کردن بین ادعای اتفاق با قاعده مایضمن ۹۴/۰۳/۰۳

Your browser does not support the audio tag.

موضوع: جمع کردن بین ادعای اتفاق با قاعده مایضمن

شواهد و مؤیّدات برای حکم به ضمان

اختلاف بین ادعای اتفاق با قاعده مایضمن

مرحوم شیخ دعوای اتفاق کرد که در بیع فضولی اگر مشتری عالماً بالفضولیه ثمن را تسلیط کند، در فرض اتلاف حق رجوع به بایع را ندارد و بایع ضامن نیست. و بعد فرمود این مطلب با اطلاق کلمات فقهاء مطابقت ندارد که فرموده اند «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»؛ زیرا این کلام اقتضاء می کند که بیع چون صحیحش ضمانی است پس فاسدش هم ضمانی است و در ما نحن فیه که مالك ردّ کرده، و بیع فضولی یک بیع فاسد شده باید ضمان داشته باشد. و هم چنین در بیع بلا ثمن یا اجاره بلا اجره حکم به ضمان کرده اند با اینکه این دو مورد هم مثل ما نحن فیه هستند.

ص: ۸۶۷

خلاصه اینکه مرحوم شیخ مانده که چطور اختلاف ادعای اتفاق بر عدم ضمان را با ظاهر کلمات فقهاء و قاعده «مایضمن بصحیحه...» حلّ کند.

جمع کردن بین ادعای اتفاق با قاعده مایضمن

به نظر می رسد که بعضی از مصادیق فی الجمله را می شود جواب داد و ما بین هر دو مطلب جمع کرد.

از کلام مرحوم شیخ استفاده می شود که مقتضای اطلاق قانون«ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» این است که امثال بیع بلا ثمن و اجاره بلا اجره ضمان داشته باشد. و می فرماید در باب بیع کسی پیدا نمی شود که بر عدم ضمان تصریح کرده باشد.

به نظر ما این قاعده چنین اطلاقی ندارد که ضمان در مواردی مثل بیع بلا ـثمن و اجاره بلااجره را هم شامل شود. زیرا بنابر مختار ما وضع الفاظ برای اعمّ از صحیح و فاسد است. وجداناً یک لیوان شیر که فاسد شده اگر ریخت می گویند اینجا شیر ریخته است و صحت سلب ندارد نمی شود گفت که اینجا شیر نریخته است. و این

فرق دارد با آنجا که رجل شجاع تشبیه به شیر شده است اگر رجل شجاع در این اتاق باشد و سپس بیرون رود، می شود گفت که اینجا شیر نبوده و صحت سلب دارد.

بیع، مانند مثال اول است؛ هم بیع صحیح داریم و هم بیع فاسد، بالوجدان تشبیهی در کار نیست. لذا می توان گفت که «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» مصادیقش مثل بیع است که همان طور که بیع صحیح ضمان دارد بیع فاسد هم ضمان دارد؛ بیع فاسد مثل بیع ربوی یا بیع مکره که بیع هست منتهی بیع فاسد. و طبق قاعده در هر دو ضمان است. ولی بیع بلا ثمن اصلاً بیع نیست؛ اجاره بدون اجره اصلا اجاره نیست اینها صحت سلب دارند و «کل عقدٍ یضمن بصحیحه» که منطبق شده بر بیع و اجاره و امثال اینها، دیگر منطبق به بیع بلا ثمن یا اجاره بلا اجره نمی شود.

مرحوم شیخ انصاری می فرمایند که قبل از علامه کسی تصریح نکرده به «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده».

ولی شیخ طوسی ولو این الفاظ را به کار نبرده ولی از کلام او استفاده می شود که این مطلب را قائل است ایشان در بعضی از عقود ضمانی که استدلال می کند می گوید برای اینکه چون اقدام بر ضمان کردند پس ضمان است. از این استدلال اقدامی که شیخ کرده آیا قاعده به نحوی استفاده می شود که حتی بیع بلا ثمن و اجاره بلا اجره را هم شامل شود که گفته شود اینجا هم اقدام به ضمان کرده است؟ روشن است که شامل این موارد نیست.

ما به القوام عرفی بیع این هست که یک چیزی مقابل چیز دیگری داده شود و مجانی نباشد. یا ما به القوام اجاره این است که پولی در مقابل منفعت باشد؛ اجاره غیر از اباحه منفعت و امثال اینهاست. و معلوم است که کلام شیخ شامل بیع بلا ثمن یا اجاره بلا أجره نمی شود زیرا در این موارد، اقدامی بر ضمان نیست. لذا اینها را اصلاً شامل نمی شود تا به عنوان نقض قرار بگیرند.

بنابراین جمع بین قاعده و قول به عدم ضمان این می شود که قاعده را قائل می شویم ولی به یک دایره محدود، نه به وسعت دایره ای که شیخ انصاری قائل شده است.

البته کسانی که در مثل بیع بلا ثمن یا اجاره بلا اجره حکم به ضمان کرده و در بیع فضولی حکم به عدم ضمان کرده اند، این گونه نمی توانند جمع کنند. ولی ما نمی دانیم این افراد تعدادشان آنقدر زیاد هست که بتوان به مشهور نسبت داد که در بیع بلا ثمن حکم به ضمان می کند.

عنوان بیع بلا ثمن را تعداد کمی عنوان کرده اند. و از میان این تعداد هم بعضی ها مثل علامه در حکم ضمان تردید کرده اند. در اجاره بلا اجره شهیدین و صاحب ریاض حکم کرده اند که ضمان نیست. خلاصه شهرتی برای اثبات ضمان در بعض موارد وجود ندارد همان طور که به حسب قاعده در آنها ضمان نیست.

پس در مسئله ما نحن فیه – که مشتری عالماً بالفضولیه ثمن را تسلیط کرده – در فرض إتلاف، اتفاق علماء بر عدم ضمان خیلی منافات ندارد با اینکه کسی در اینجا این مطلب را قائل شود و بگوید در امثال بیع لا ثمن و اجاره بلا اجره شهرتی وجود ندارد و در این بعض موارد قائل به عدم ضمان شود.

شواهد و مؤیّدات برای حکم به ضمان

«و بالجمله، فمستند المشهور فی مسألتنا لا یخلو من غموض؛ و لذا لم یصرّح أحد بعدم الضمان فی بعتک بلا ثمن مع اتّفاقهم علیه، و صرّح بعضهم بضمان المرتشی مع تلف الرشوه التی هی من قبیل الثمن فیما نحن فیه». (۱)

در اینجا شواهد و مؤیّداتی ذکر می شود مبنی بر تأیید حکم به ضمان و تضعیف رأی مشهور:

«و بالجمله فمستند المشهور» یعنی قائلین به عدم ضمان در صورت تلف. و منظور از مشهور معنای لغوی است یعنی اتفاق دارند و مشهور مصطلح مراد نیست که در مقابلش یک قول مخالفی هم هست «فی مسألتنا» یعنی تسلیط مشتری ثمن را به بایع فضولی با علم بالفضولیه در فرض تلف « لا یخلو من غموض» با توجه به مبانی دیگرشان در مسائل شبیه به این مسأله. غموض از این جهت که اتفاق بر حکم به عدم ضمان در مساله ما نحن فیه با حکم به ضمان در مسائل مشابه (به گونه ای که هیچ کس تصریح به عدم ضمان نکرده) مشکل است.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۹۱.

شاهد اول: بیع بلا ثمن

«و لـذا لم یصرح أحد بعدم الضمان فی بعتک بلاـ ثمن». مرادِ از این عبارت این نیست که اتفاق دارند به ثبوت ضمان در «بعتک بلا ثمن». بلکه مراد این است که کسی وجود ندارد که به عدم ضمان تصریح کرده باشد. قبلاً گذشت که علامه حلی در مسئله «بعتک بلا ثمن» وجهین ذکر کرده، احتمال ثبوت ضمان و احتمال عدم ضمان، هر دو احتمال را داده؛ و تصریح به عدم ضمان نکرده است.

در باب بیع بلاـ ثمن که شبیه ما نحن فیه است (زیرا در آنجا هم تضمینی در کار نیست و مشتری به چیزی ضامن نشده است) احدی از فقهاء تصریح به عدم ضمان نکرده است. آن وقت چگونه در مسأله ما نحن فیه اتفاق کرده اند بر حکم به عدم ضمان؛ این غموض دارد.

شاهد دوم: باب رشوه

« و صرّح بعضهم بضمان المرتشی مع تلف الرشوه التی هی من قبیل الثمن فیما نحن فیه».

در باب رشوه بعضی از فقهاء تصریح کردند که اگر کسی رشوه ای را قبول کرد (مرتشی) بعد از اتلاف، ضامن است. باب رشوه شبیه مساله ما نحن فیه است و رشوه از قبیل ثمنی است که مشتری به فضولی داده و اتلاف مرتشی مثل اتلاف فضولی است با این حال در باب رشوه حکم به ضمان مرتشی شده و در ما نحن فیه اتفاق کرده اند برعدم ضمان، این هم غموض دارد.

چطور در این دو شاهد حکم به ضمان شده ولی در ما نحن فیه حکم به عدم ضمان می شود. اگر مسئله از مسائلی بود که جزء اصول متلاقاه بود – به تعبیر آقای بروجردی – ممکن بود بگوییم اتفاق در این مسئله، کاشف از وجود یک نصّ (بر عدم ضمان) در این مسأله (ما نحن فیه) است. بگوییم قواعد مثل «ما یضمن بصحیحه» (یا مثل قاعده ید و قاعده اقدام) اقتضاء می کند برای ثبوت ضمان ولی در خصوص این مسأله ی مانحن فیه نصّی وارد شده بر عدم ضمان و به خاطر نصّ، فقهاء اتفاق کردند بر اینکه در ما نحن فیه ضمان نیست. امّا راجع به ضمان مرتشی نصّی وارد نشده لذا طبق قواعد حکم می شود به ضمان.

ص: ۸۷۱

اگر احتمـال ثبوت چنین نصّ ی در کـار بود که مـدرک کلمات مشـهور نصّ باشـد می توانستیم بین ما نحن فیه و این دو شاهد فرق بگذاریم ولی ظاهراً نصّی نیست. چون در کتب قدماء اصلاً این مسئله معنون نیست تا گفته شود کاشف از نصّ است.

« نعم، ذکر الشهید رحمه اللّه و غیره عدم الضمان فی الإجاره بلا اجره».

می فرمایـد که البته در بـاب اجـاره بلا اجره، شـهید اول و غیرش حکم به عـدم ضـمان کرده انـد که این هم خوانی دارد با آن اتفّاقی که بر عدم ضمان در ما نحن فیه ذکر شد.

شاهد سوم: اخبار مربوط به ثمن کلب و خمر

« و یؤیّد ما ذکرنا: ما دلّ من الأخبار علی کون ثمن الکلب أو الخمر سحتاً».

اینکه ما قبلا گفتیم « و لکن إطلاق قولهم: إنّ کلّ عقد یضـمن بصـحیحه یضـمن بفاسده، یقتضی الضمان فیما نحن فیه و شبهه» مویّد این ضمان ، اخباری است که ثمن کلب و خمر را سحت دانسته که مقتضای سحت بودن این است که ضامن است و باید جبران کند.

جواب از شاهد سوم

بعد ایشان می فرمایند ولی ممکن است گفته شود که از معنای سـحت بودن، حرمت اسـتفاده می شود ولی ضمان استفاده نمی شود. ممکن است بگوییم اگر کسـی ثمن را بگیرد کـار حرام انجـام داده ولی مثـل غصب های دیگر نیست که- شـخص، مال مردم را می خورد که - ضـامن هم است. سـحت بمـا أنه سـحت اقتضـاء ضـمان نمی کنـد. شایـد در ثمن خمر یا ثمن زانیه که سحت دربـاره او تعبیر شـده همین مطلب را بتوان گفت. زانیه که پول می گیرد و طرف هم با رضایت این پول را به زانیه داده، این سـحت است یعنی خلاف شـرع هست تصرف کردن در این ثمن، با اینکه با رضایت داده ولی اگر تلف کرد این ثمن را ما دلیل بر ضمان آن نداریم کأنّ از اول اسقاط ضمان کرده است. بنابراین اخبار باب سحت هم منافات با عدم ضمان ندارد.

استثنا برای قول مشهور

در ادامه مرحوم شیخ چند مثال را بر مبنای مشهور که فتوی به عدم ضمان دادند ذکر می کنند و می فرمایند: حتی بر مبنای مشهور هم در اینجاها جای ضمانت است:

« ثمّ إنّ مقتضی ما ذکرناه فی وجه عدم الرجوع بالثمن: ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولی غیر بائعٍ لنفسه». (۱)

اگر بایع فضولی مال مردم را برای مالک اصلی می فروشد و مشتری هم از این امر خبر دارد و ثمن را که به فضولی می دهد به قصد تسلیط او بر ثمن نیست بلکه به قصد این است که فضولی آن را به مالک اصلی برساند و امانت است. در چنین فرضی اگر فضولی، ثمن را اتلاف کرد حتماً ضامن است زیرا دلیل عدم ضمان، تسلیط مجانی بود که در این فرع منتفی است و شاید معقد اجماع فقهاء بر عدم ضمان فرضی باشد که فضولی مال مردم را برای خودش می فروشد نه این فرضی که در فرع اول مطرح است اگر چه برخی عبارات اطلاق دارد و بیع فضولی لنفسه و لغیره را شامل است و در هر دو حکم به عدم ضمان کرده اند.

مناسب بود که مرحوم شیخ در ادامه این مطلب را ذکر کند که این ثمنی را که مشتری به صورت امانت نزد بایع گذاشته تا به مالک مبیع برساند اگر بایع خیانت نکرد، اتلاف نکرد اما ثمن تلف شد (به تلف سماوی، زلزله، سرقت و امثال اینها) مورد اتفاق است که ضمانی در کار نیست برای اینکه ید امینه بوده است. مانند همان صورت ما نحن فیه که اتفاق بر عدم ضمان شده بود.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۹۲.

بعد دو تا مثال دیگر ایشان ذکر می کنند که در آنجا ها هم ضمان هست.

المسأله الثانیه أنّ المشتری إذا اغترم للمالک غیر الثمن ۹۴/۰۳/۰۴

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: المسأله الثانیه أنّ المشتری إذا اغترم للمالک غیر الثمن

«المسأله الثانیه أنّ المشتری إذا اغترم للمالک غیر الثمن فإمّا أن یکون فی مقابل العین... و إمّا أن یکون فی مقابل ما استوفاه المشتری... و إمّا أن یکون غرامه لم یحصل له فی مقابلها نفع ... ثمّ المشتری، إن کان عالماً فلا رجوع فی شی ءٍ من هذه الموارد؛ لعدم الدلیل علیه». (۱)

مسأله اول راجع به رجوع مشتری به بایع فضولی بود جهت اخذ خود ثمن یا بدل آن و مسأله دوم درباره رجوع مشتری به بایع است برای اخذ آنچه که مشتری، زائد بر ثمن المسمّی پرداخته است.

مالک وقتی عقد را ردّ کرد به سراغ مشتری رفته و عین را پس می گیرد و در صورت تلف، قیمت یا مثل آن را می گیرد و هم چنین خسارت های وارده را هم می گیرد. بعد مشتری که غرامت را پرداخت کرد به بایع رجوع می کند تا آن غرامت ها را بگیرد. این جدای از ثمنی است که مشتری به بایع داده، آن را قرار شد که ضامن نباشد.

اقسام غرامت که مشتری متحمّل شده

مرحوم شیخ می فرمایند که سه قسم غرامت است:

قسم اول: غرامت هایی که مالک در مقابل عین تلف شده از مشتری می گیرد.

قسم دوم: غرامت هایی که مشتری در برابر منافع مستوفات پرداخته است.

ص: ۸۷۴

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۹۳.

قسم سوم: مخارجی که در این مدت (از اول عقد تا زمان ردّ) مشتری متحمّل شده و از این بابت نفعی هم نبرده است.

ایشان در اینجا همین سه قسم را بیان کرده و راجع به منافع غیر مستوفاه بحثی ندارد.

«امّا أن یکون فی مقابل العین، کزیاده القیمه علی الثّمن إذا رجع المالک بها علی المشتری» مشتری این پول زیادی که به مالک داده را می تواند از فضولی بگیرد «کأن کان القیمه المأخوذه منه عشرین و الثّمن عشره. و امّا أن یکون فی مقابل ما استوفاه المشتری، کسکنی الدّار» مشتری در خانه سکونت کرده، و بعد از مدتی خانه خراب شد، مشتری هم ضامن عین است و هم

ضـامن منـافع مسـتوفاه. و وقتی غرامت منافع را پرداخت به فضولی مراجعه می کنـد «کسـکنی الـدّار، و وطی الجاریه، و اللبن و الصّیـوف». بحث از این دو قسم را می گـذارد برای بعـد. و امـا قسم سـوم: «و امّـا أن یکـون غرامه لم یحصـل له فی مقابلهـا نفع کالنّفقه و ما صـرفه فی العماره» الان چیزی را مالک شـده برای حفظ آن یک نفقاتی خرج کرده و در مقابل نفقات خرج شـده چیزی نصـیبش نشده است. مثلا زمینی را خریده و نهال کاری کرده و الان مالک اصلی نهال های او را از ریشه در آورده و به او می دهـد و مقـداری از نهـال هـا می خشـکد و از بین می رود یـا مبـالغی که بـابت حفره حفره شـدن زمین به مالـک اصـلی پرداخته است، یا کنیزی بوده و از مشتری صاحب فرزند شده آن وقت اولاد که پیدا کرد این حرّ می شود و مشتری مبلغی را به عنوان قیمت فرزنـد می پردازد و یا نقصـی در عین پیـدا شده و مالک اصـلی همه این خسارات را از مشتری دریافت کرده، آیا مشتری به خاطر این خسارت ها می تواند به بایع فضولی رجوع کند؟

ص: ۸۷۵

«أو إعطائه قيمةً للولـد المنعقد حرّا» دو احتمال در این مثال هست: یکی این است که صاحب ولد بودن خودش نفع است و این پولی که می دهـد یک پول بـدون نفع نیست. و احتمال دوم اینکه چون در اموالش، چیزی زیاد نشده پس نفع نیست. در اینجا ایشان به عنوان عدم النفع مثال می زند ولی بعد در حین یک استدلال می گوید نفع بدانیم یا ندانیم استدلال ما تمام است که از این بیان، دو احتمال بودن استفاده می شود.

فرض علم مشتری به غاصبیّت

اگر مشتری می دانست که بایع غاصب است، با این حال اقـدام کرد و معامله کرد و بعداً مالک اصـلی معامله را ردّ کرد و کلیه خسارتها را از او گرفت، مشتری حق رجوع به بایع را ندارد و فرقی میان سه قسم نیست.

فرض جهل مشتری به غاصبیّت

اگر مشتری، جاهل به فضولی بودن بایع بود و خیال می کرد فروشـنده مالک واقعی است و لذا اقدام کرد و بعداً کشف خلاف شد، مرحوم شیخ می فرمایند از کلمات علماء استفاده می شود که کأنّ مسئله خلافی نیست و می تواند رجوع کند و خسارت را از بایع فضولی بگیرد به دو دلیل:

قاعده غرور: کسـی که مغرور شده و فریب خورده است حق دارد به شـخص غارّ و فریب دهنده مراجعه کند و این کبرای کلی بر مانحن فیه منطبق است چرا که بایع فضولی، موجب تغریر مشتری شده و او را در خطرات ضمانت انداخته است.

قاعده نفی ضـرر: بایع فضولی باعث ضرر بر مشتری شده است و به حکم قانون لاضرر، مشتری حق دارد به بایع مراجعه کرده و خسارت را از او دریافت کند.

البته این دو تـا تعبیر کردن، دو قاعـده حسـاب کردن و غرور را مصـداق لاـ ضـرر حسـاب نکردن، ظـاهر عبارتش این است که ایشان غرور را منحصر می کند به جایی که غارّ خودش متوجه باشد که الان طرف مقابل، ضرر می کند در ما نحن فیه با توجه به اینکه این مبیع، مـال دیگری است می دانـد که در صورت ردّ، مشـتری بایـد خسـارت بپردازد و خود عمـل این بـایع، منشأ خسارت مشتری خواهد شد، فریبش داده است؛ ادله غرور خصوص اینجاست. اما اگر کسـی نمی دانست، یک اقدامی کرد که در اثر این اقدام، طرف مقابل به ضرر افتاد و فقط عملِ خارجیِ ضرری است، اینجا مورد ادله لا ضرر است.

بعد می فرمایند دوتا روایت هم در مسئله هست که آن دو روایت را هم ایشان نقل می کند.

«و إن کان جاهلاً فاما الثالث» آن قسم سومی را که هیـچ نفعی نبرده «فالمعروف من مذهب الأصـحاب» تعبیراتی که در کلمات قوم هست بعضی هایش تعبیرش این است که «المعروف من مذهب الأصحاب» بعضی تعبیرات بالاتر، تعبیر اجماع هست بعضی تعبیرهـا «بلاـ خلاـف» هست، «قول واحـدا» هست یعنی یـک قول بیشـتر نـداریم. که مرحوم شـیخ می فرماینـد از اینهـا مجموعاً اسـتفاده می شود که مسـئله خلافی نیست «فـالمعروف من مـذهب الأصـحاب کمـا فی الریـاض و عن الکفـایه» ریـاض را خود مرحوم شـیخ دیـده، کفـایه را هم که نقلش را ایشـان دیـده «رجوع المشـتری الجاهـل بهـا علی البـائع» یعنی بهـذه الاـموری که خسارت دیده «بل فی کلام بعض تبعا للمحکی عن فخر الإسـلام فی شرح الإرشاد دعوی الإجماع علی الرجوع و فی السرائر أنه یرجع قولا واحـدا» یک قول بیشتر در مسـئله نیست (مشتری حق رجوع به بایع دارد) این قولاً واحداً هم مثل بلا خلافٍ است «و فی کلام المحقق و الشـهید الثانیین فی کتاب الضمان نفی الإشکال عن ضمان البائع لدرک ما یحدثه المشتری إذا قلعه المالک» مشتری اگر نهـال هایی کاشـته و مالک اصـلی آنها را از ریشه کنـد و این مشتری خسارت دیـد آن بایع ضامن است «و بالجمله فالظـاهر عـدم الخلاـف فی المسـأله للغرور فـإن البائع مغرر للمشتری و موقع إیاه فی خطرات الضـمان و متلف علیه ما یغرمه فهو کشاهـد الزور» کسـی عالماً شـهادت دروغ می دهـد و در اثر شـهادت او مشـهود علیه به خسارت می افتـد این خسارتی که آن شهادت منشأش شـده، مشـهود علیه برای اخـذ آن حق رجوع به بایع دارد؛ اینجا هم همین طوری است «فهو کشاهد الزور الذی یرجع إلیه إذا رجع من شـهادته» بعـد پشـیمان شده از شـهادتش برگشـته آن وقت ضـررهایی که متوجه شده می روند از او می گیرند. «و القاعده نفی الضرر» این دو قاعده.

استدلال به روایت جمیل

«مضافا إلی ظاهر روایه جمیل أو فحواها» بنا بر یک تقریب خود روایت و بنا بر یک تقریب دیگر، از فحوای روایت استفاده می شود:

«عن الرجل یشتری الجاریه من السوق فیولدها، ثمّ یجی ء مستحقّ الجاریه، قال: یأخذ الجاریه المستحقّ، و یدفع إلیه المبتاع قیمه الولد و یرجع علی من باعه بثمن الجاریه و قیمه الولد التی أُخذت منه» (۱) .

کنیز را می خرد و صاحب اولادش می کند سپس مالک جاریه می آید و ثابت می شود که مالک حقیقی است و آن بایع، فضولی بوده است، حضرت در این باره می فرمایند که مالک، هم کنیز را می گیرد و هم قیمت ولد را. چون ولد، حرّ می شود، مشتری قیمت ولد را به مالک می دهد منتهی به بایع رجوع می کند تا هم ثمن را بگیرد و هم غرامت پرداخت شده را. ایشان می فرمایند به ظاهر یا فحوای این روایت می شود استدلال کرد:

استدلال به ظاهر روایت: بگوییم صاحب ولد شدن جزء منافع مستوفاه نیست. (چون مالیت ندارد).

استدلال به فحوی: بگوییم صاحب ولد شدن جزء منافع مستوفاه است و اگر شارع این طور منفعت مستوفاه را گفته که حق رجوع دارد به طریق اولی در آنجا که هیچ استفاده ای نکرده و فقط خسارت دیده، حق رجوع دارد ضرر محض است.

«فإن حریه ولد المشتری إما أن یعد نفعا عائدا إلیه أو لا و علی التقدیرین یثبت المطلوب» مراد از «یثبت المطلوب» یعنی یک مقداری از مطلوب استفاده می شود و با ملاحظه تعبیر«قیمه الولد بأنها أخذت منه» کل مطلوب استفاده می شود؛ این گونه که کلمه قیمه ولد را با کلمه « اخذت منه» توصیف کرده است و تعلیق حکم بر وصف مشعر به علیت است یعنی علت مراجعه مشتری به بایع برای قیمت ولد آن است که قیمت ولد از مشتری اخذ شده است. (و العلّه تعمّم) پس می توان گفت هر آنچه که از مشتری اخذ شده است او هم می تواند از بایع فضولی اخذ کند.

ص: ۸۷۸

۱- الوسائل، شیخ حر عاملی، ج۱۴، ص۵۹۲، الباب ۸۸ من أبواب نکاح العبید و الإماء، الحدیث ۵.

سکوت روایات نسبت به حق رجوعِ مشتری

در برخی از روایات راجع به رجوع مالک اصلی به مشتری صحبت شده ولی راجع به مراجعه مشتری به بایع سخنی به میان نیامده است و روایات از این حیث ساکت است؛ ممکن است کسانی به استناد این روایات به عدم ضمانِ بایع فضولی حکم کنند. مرحوم شیخ ابتدا دو روایت در این رابطه نقل کرده و سپس پاسخ می دهند سکوت در روایات، ضرری به مطلب نمی رساند چون روایات در مقام بیان احکام مشتری و مالک اصلی است نه در مقام بیان احکام مشتری با بایع فضولی. بنابراین سکوت در آن روایات، معارضه پیدا نمی کند با روایتی که می گوید جهت اخذ غرامت رجوع کند.

سکوتِ دو روایت زراره و رزیق ۹۴/۰۳/۰۶

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: سکوتِ دو روایت زراره و رزیق

نسبت به رجوع مشتری به بایع فضولی

مرحوم شیخ فرمود: مشتری جاهل که فضولی او را فریب داده و او خیال کرده مبیع، مال خود بایع فضولی است و با او معامله کرده است و در مبیع هم تصرف نموده است؛ بعد مالک اصلی به مشتری مراجعه کرده و از او غرامت گرفته، گفته شد که این مشتری می تواند به بایع فضولی مراجعه کند به دلیل قاعده غرور و قاعده لا ضرر. و اگر در بعضی از روایات راجع به مراجعه ی مشتری به بایع فضولی صحبتی نشده این معارضه ندارد با این مطلبی که ما بیان کردیم به خاطر اینکه این روایات، نسبت به رجوعِ مشتری به بایع ساکت است و سکوت اگر در مقام بیان نباشد که معارضه ای ندارد و اگر در مقام بیان باشد ظهورش در مقابلِ صراحتِ روایت دیگر، صلاحیت معارضه ندارد.

ص: ۸۷۹

ایشان از روایاتی که در مقام سکوت هستند به دو روایت اشاره می فرمایند که در ضمن توضیح متن به آنها اشاره می کنیم «و أما السکوت عن رجوع المشتری إلی البائع فی بعض الأخبار فهو لعدم کونه مسوقا لذلک» (۱) این سکوت معارضه ندارد برای اینکه این سکوت در مقام بیان رجوع یا عدم رجوع مشتری به بایع نبوده بلکه در مقام این است که مالک اصلی می تواند به مشتری مراجعه کند.

روایت اوّل: روایت زراره

«کروایه زراره (۲) : فی رجل اشتری من سوق المسلمین جاریه فخرج بها إلی أرضه فولدت منه أولادا ثم أتاها من یزعم أنها له و أقام علی ذلک البینه». «أتاها» یعنی مالک اصلی می آید به همان أرض و یا این که می رود پیش جاریه و می گوید این جاریه مال من است. «قال یقبض ولده»حضرت فرمود: مشتری که صاحب اولاد است، اولاد خودش را قبض می کند «و یدفع إلیه الجاریه و یعوّضه من قیمه ما أصاب من لبنها و خدمتها» و جاریه را به مالک اصلی تحویل می دهد و هم چنین در عوضِ

آن استفاده هایی که از شیر این جاریه کرده یا خدمتی که کرده، مبلغی را به مالك می پردازد. این روایت نسبت به رجوع مشتری به بایع سکوت کرده است؛ ایشان می فرمایند این سکوت معارضه ندارد با اینکه گفتیم به خاطر قواعد، حق رجوع دارد.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۹۵.

۲- وسائل الشیعه، شیخ حر عاملی، ج۱۴، ص۵۹۲، الباب ۸۸ من أبواب نکاح العبید و الإماء، الحدیث ۴.

اشکال به مرحوم شیخ

عرض ما این است که قبلا مرحوم شیخ خسارات را سه قسم کردند و بحث فعلی مرحوم شیخ در خسارات قسم سوم است که مشتری منتفع نشده است ولی این روایت که در اینجا ذکر کرده اند راجع به خسارات قسم دوم است که مشتری منتفع شده است. و مناسب نبود که این روایت را در اینجا ذکر کنند.

روایت دوم:روایه رُزَیق (۱)

بحث سندی:

این روایت که مفصل هم است در کتب اربعه نیست؛ شیخ در امالی این روایت را نقل کرده است (۲) . یک چیزی که در چاپ کتاب مکاسب وجود دارد این است که «زریق» به تقدیم معجمه این غلط است، «رزیق» به تقدیم مهمله درست است. مسلماً با تقدیم راء مهمله است چون نجاشی در بابی که اسماء راء مهمله هست در آنجا رزیق را آورده؛ غلط چاپی آنجا ها متصور نیست چون اصلاً فصلش، فصل راء مهمله است. نجاشی دوتا رزیق ذکر کرده: (۳) یکی «رزیق بن الزبیر الخلقانی» و دیگری «رزیق بن مرزوق». در اینجا مراد، رزیق بن الزبیر است چون آن کسی که کتابش را نقل می کند در همین سند قرار گرفته است. روایت سندش این است «حدثنا شیخ ابو جعفر محمد بن حسن بن علی بن الحسن الطوسی» شیخ طوسی «قال أخبرنا الحسین بن عبید الله بن ابراهیم» این ابن غضائری است، اما احمد نیست که کتابش مورد بحث است بلکه حسین پدر احمد است که از اجلّاء علماء بوده و مثل شیخ مفید از اساتید مهمّ شیخ طوسی است «الحسین بن عبید الله بن إبراهیم، قال: حدثنا أبو محمد هارون بن موسی التلعکبری» از اجلّاء محدثین است «قال: حدثنا محمد بن همام بن سهیل» از اجلّاء اصحاب است «قال: حدثنا عبد الله بن جعفر الحمیری» این هم از اجلّاء اصحاب است «عن محمد بن خالد الطیالسی الخراز».

۱- انظر الوسائل، شیح حر عاملی، ج۱۲، ص۲۵۳، الباب ۳ من أبواب عقد البیع و شروطه.

۲- الأمالی، شیخ طوسی، النص، ص ۶۹۷.

۳- رجال النجاشی، ص ۱۶۸.

توثیق «محمد بن خالد الطیالسی»

محمـد بن خالـد الطیالسـی توثیق صـریحی نـدارد ولی اگر کسـی او را توثیق کند دور از وادی نیست به خاطر اینکه عده ای از اجلّاء روات از او اخذ حدیث کرده اند که نقطه ضعف حدیثی درباره آنها ذکر نشده است.

اگر احمـد برقی و پدرش از کسـی نقل حدیث کنند، علامت وثاقت مرویّ عنه نیست چون درباره هر دو گفته اند که خودشان ثقه هسـتند ولی «یرویان عن الضـعفاء و یعتمـدان المراسـیل». اما متعارف از روات محـدثین معتنابه اگر درباره آنها چیزی گفته نشده باشد، اسـتفاده می شود که اینها حتی المقدور از روایت از ضـعفاء دوری می کرده اند. و کتاب محمد بن خالد الطیالسی را محمد بن علی بن محبوب نقل کرده که ثقه، جلیل القدر و از بزرگان مشایخ قمیین است.

حُمید بن زیاد نینوایی، فطحی مذهب است ولی در وثاقتش حرفی نیست و اشـکالی که در مورد امثال برقی ذکر شده درباره او گفته نشده است. محمد بن خالد الطیالسی راوی اصول است و حمید بن زیاد، اصول زیادی را به وسیله او نقل کرده است. غیر از اینهـا بزرگـانی مثل علی بن ابراهیم، عبـد الله بن جعفر حمیری، سـعد بن عبـدالله، علی بن حسن بن فضال و معاویه بن حُکیم اینها همه از او نقل حدیث کرده اند.

خلاصه با توجه به مجموع این امور می توان گفت که «محمد بن خالد الطیالسی» مورد اعتماد محدثین بوده است.

عدم توثیق «رزیق بن زبیر»

در مورد «رزیق بن زبیر» توثیقی دیده نشده است. اگر محمد بن خالد الطیالسی از او اکثار روایت کرده بود، ممکن بود بگوییم که محمد بن خالد، وثاقتش اثبات شده، نقطه ضـعف حدیثی هم درباره اش ذکر نشده لذا اکثار روایت او موجب وثاقت رزیق است. ولی اکثار روایت در کار نیست همین یک حدیث است؛ پس نمی توان گفت که شیخ محمد بن خالد است.

ص: ۸۸۲

نتیجه: این روایت از نظر سند به خاطر رزیق بن زبیر ظاهراً قابل استناد نیست. منتهی مضمون روایت، مطابق قاعده است نمی خورد که یک چیز ساختگی باشد.

متن روایت رزیق

« عَنْ رُزَيْقٍ، قَالَ: كُنْتُ عِنْدَ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) يَوْماً إِذْ دَخَلَ عَلَيْهِ رَجُلَانِ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَهِ مِنْ أَصْحَابِنَا، فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) تَعْرِفُهُمَا» حضرت از رزیق سؤال می کند این دو را می شناسی؟ امام که علم غیب داشته چرا این سوال را پرسیده است؟ دو احتمال وجود دارد: احتمال اول اینکه امام مأمور نبوده به علم امامت عمل کند و مطابق همان متعارفِ افراد سؤال کرده است می خواسته ببیند که اگر شیعه است یک طور با او صحبت کند و اگر غیر شیعه است، احتیاط کند و طوری دیگر صحبت کند. احتمال دیگر این است که حضرت خودش می دانسته فقط می خواسته او را به طرف معرفی کند که در آینده بداند چطور با او معامله کند «قُلْتُ: نَعَمْ، هُمَا مِنْ مَوَالِيک» شیعه هستند « فَقَالَ: نَعَمْ، وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِی جَعَلَ أَجِلَّهَ مَوَالِيَّ بِالْعِرَاقِ» ظاهرش این است که جزء اجلّه موالی هم بوده، حضرت اطلاع داشته، خواسته بفرماید الحمدلله که عراقی ها یک چنین افرادی دارند.

« فَقَالَ لَهُ أَحَدُ الرَّجُلَيْنِ: جُعِلْتُ فِدَاكَ، إِنَّهُ كَانَ عَلَيَّ مَالٌ لِرَجُلٍ يُنْسَبُ إِلَى بَنِی عَمَّارٍ الصَّيَارِفِ بِالْكُوفَهِ، وَ لَهُ بِذَلِكَ ذِكْرُ حَقٍّ وَ شُهُودٌ، فَأَخَذَ الْمَالَ وَ لَمْ أَسْتَرْجِعْ مِنْهُ الذِّكْرَ بِالْحَقِّ، وَ لَا كَتَبْتُ عَلَيْهِ كِتَاباً، وَ لَا أَخَذْتُ مِنْهُ بَرَاءَهً، وَ ذَلِكَ لِأَنِّی وَثِقْتُ بِهِ، وَ قُلْتُ لَهُ: مَزِّقِ الذِّكْرَ بِالْحَقِّ الَّذِی عِنْدَكَ، فَمَاتَ وَ تَهَاوَنَ بِذَلِكَ وَ لَمْ يُمَزِّقْهُ، وَ أَعْقَبَ هَذَا أَنْ طَالَبَنِی بِالْمَالِ وُرَّاثُهُ وَ حَاكَمُونِی، وَ أَخْرَجُوا بِذَلِكَ الذِّكْرِ بِالْحَقِّ، وَ أَقَامُوا الْعُدُولَ، فَشَهِدُوا عِنْدَ الْحَاكِمِ، فَأُخِذْتُ بِالْمَالِ، وَ كَانَ الْمَالُ كَثِيراً، فَتَوَارَيْتُ عَنِ الْحَاكِمِ، فَبَاعَ عَلَيَّ قَاضِی الْكُوفَهِ مَعِيشَهً لِی، وَ قَبَضَ الْقَوْمُ الْمَالَ، وَ هَذَا رَجُلٌ مِنْ إِخْوَانِنَا ابْتُلِیَ بِشِرَاءِ مَعِيشَتِی مِنَ الْقَاضِی، ثُمَّ إِنَّ وَرَثَهَ الْمَيِّتِ أَقَرُّوا أَنَّ الْمَالَ كَانَ أَبُوهُمْ قَدْ قَبَضَهُ، وَ قَدْ سَأَلُوهُ أَنْ يَرُدَّ عَلَيَّ مَعِيشَتِی، وَ يُعْطُونَهُ فِی أَنْجُمٍ مَعْلُومَهٍ، فَقَالَ: إِنِّی أُحِبُّ أَنْ تَسْأَلَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) عَنْ هَذَا. فَقَالَ الرَّجُلُ: جَعَلَنِیَ اللَّهُ فِدَاكَ، كَيْفَ أَصْنَعُ فَقَالَ لَهُ: تَصْنَعُ أَنْ تَرْجِعَ بِمَالِكَ عَلَى الْوَرَثَهِ، وَ تَرُدَّ الْمَعِيشَهَ إِلَى صَاحِبِهَا، وَ تُخْرِجَ يَدَكَ عَنْهَا. قَالَ: فَإِذَا أَنَا فَعَلْتُ ذَلِكَ، لَهُ أَنْ يُطَالِبَنِی بِغَيْرِ هَذَا قَالَ لَهُ: نَعَمْ، لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْكَ مَا أَخَذْتَ مِنَ الْغَلَّهِ مِنْ ثَمَنِ الثِّمَارِ، وَ كُلَّ مَا كَانَ مَرْسُوماً فِی الْمَعِيشَهِ يَوْمَ اشْتَرَيْتَهَا، يَجِبُ أَنْ تَرُدَّ كُلَّ ذَلِكَ إِلَّا مَا كَانَ مِنْ زَرْعٍ زَرَعْتَهُ أَنْتَ، فَإِنَّ لِلْمُزَارِعِ إِمَّا قِيمَهُ الزَّرْعِ وَ إِمَّا أَنْ يَصْبِرَ عَلَيْكَ إِلَى وَقْتِ حَصَادِ الزَّرْعِ، فَلَوْ لَمْ يَفْعَلْ كَانَ ذَلِكَ لَهُ، وَ رَدَّ عَلَيْكَ الْقِيمَهَ، وَ كَانَ الزَّرْعُ لَهُ. قُلْتُ: جُعِلْتُ فِدَاكَ، فَإِنْ كَانَ هَذَا قَدْ أَحْدَثَ فِيهَا بِنَاءً أَوْ غَرَسَ؟ قَالَ: لَهُ قِيمَهُ ذَلِكَ، أَوْ يَكُونَ ذَلِكَ الْمُحْدِثُ بِعَيْنِهِ يَقْلَعُهُ وَ يَأْخُذُهُ. قُلْتُ: جُعِلْتُ فِدَاكَ، أَ رَأَيْتَ إِنْ كَانَ فِيهَا غَرْسٌ أَوْ بِنَاءٌ، فَقَلَعَ الْغَرْسَ وَ هَدَمَ الْبِنَاءَ فَقَالَ: يَرُدُّ ذَلِكَ إِلَى مَا كَانَ، أَوْ يَغْرَمُ الْقِيمَهَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ، فَإِذَا رَدَّ جَمِيعَ مَا أَخَذَ مِنْ غَلَّاتِهَا إِلَى صَاحِبِهَا، وَ رَدَّ الْبِنَاءَ وَ الْغَرْسَ وَ كُلَّ مُحْدَثٍ إِلَى مَا كَانَ، أَوْ رَدَّ الْقِيمَهَ كَذَلِكَ يَجِبُ عَلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ كُلَّ مَا خَرَجَ عَنْهُ فِی إِصْلَاحِ الْمَعِيشَهِ مِنْ قِيمَهِ غَرْسٍ أَوْ بِنَاءٍ أَوْ نَفَقَهٍ فِی مَصْلَحَهِ الْمَعِيشَهِ وَ دَفْعِ النَّوَائِبِ عَنْهَا، كُلُّ ذَلِكَ فَهُوَ مَرْدُودٌ إِلَيْهِ» (۱) .

۱- الأمالی، شیخ طوسی، النص، ص ۶۹۸.

یکی از آن دو عرضه داشت: مردی از قبیله بنی عمّار – که در کوفه صرّافی دارند – از من مالی طلبکار بود و بابت طلبش از من نوشته ای گرفته بود و شاهدان هم حضور داشتند پس از مدتی طلبکار به من مراجعه کرده و طلبش را وصول کرد ولی من سهل انگاری کرده و نوشته را از او پس نگرفتم و نوشته جدیدی هم از او نگرفتم و شهود هم اقامه نکردم و این همه به خاطر این بود که من به او اطمینان داشتم و فقط به زبان گفتم: سند را نابود کن او رفت و سهل انگاری کرد و نوشته را پاره نکرد تا اینکه مُرد؛ بدنبال مرگش ورثه او مرا به محاکمه کشیده و نزد حاکم بردند و نوشته را به حاکم نشان دادند و شهود هم شهادت دادند و من محکوم شدم و چون مبلغ، زیاد بود و نمی توانستم بپردازم لذا از دست حاکم متواری شدم؛ قاضی کوفه که وضع را بدین منوال دید معیشت (باغی یا زمینی که مایه امرار معاش و گذران زندگی من بود) را فروخت و پولش را گرفت و تحویل ورثه داد و اینک این مردی که کنار من نشسته و با هم خدمت رسیده ایم یکی از برادران ما است (شیعه است) که ندانسته اقدام کرده و معیشت مرا از قاضی خریده است. پس از مدتی ورثه میت پشیمان شده و اعتراف کرده اند که پدر مرحوم آنها طلبش را وصول کرده بوده و آنها بیخود ادّعا کرده اند و ورثه از این مشتری خواسته اند که معیشت مرا به من برگرداند و آنها هم در مقابل، پولش را در طیّ چند قسط معلوم بپردازند. ولی این مشتری در جواب آنها گفته دوست دارم به محضر امام صادق علیه السلام رسیده و از حضرت، تکلیف خود را بپرسم (و اینک من و این مشتری به خدمت شما رسیده ایم) آن مرد (مشتری) گفت: یا بن رسول الله من چه کنم؟ امام علیه السلام فرمود: به ورثه میت مراجعه کن و پولت را بگیر و معیشت و باغ این مرد را هم به او برگردان و دست از این مال بردار. (از اینجا به بعد محلّ شاهد است) مشتری گفت: اگر من این کار را کردم (و معیشت او را به او برگرداندم) آیا غیر از معیشت حقّ دارد از من مطالباتی داشته باشد؟ امام فرمود: آری آن مقدار که از منافع و محصولات باغ استفاده کردی و آنها را فروخته و پولش را گرفته ای و هر آنچه که در این باغ بوده در آن روزی که خریدی (و الان تلف شده) همه را باید به صاحبش برگردانی، مگر زراعتی که کاشته ای (آن مال توست) که یا باید صاحب زمین قیمت زراعت شما را بپردازد و یا باید صبر کند تا وقت چیدن زراعت و اگر نخواهد صبر کند اختیار دست او است آنگاه قیمت تخمین زده شده و به شما پرداخت می شود و زراعت به صاحب زمین تعلق می گیرد. (رزیق می گوید) از امام پرسیدم: اگر این شخص (مشتری) در زمین ساختمانی احداث کرده یا نهال هایی کاشته چه می شود (زراعت نیست که تخم پاشیده باشد)؟ امام فرمود: باید قیمت آنها را به او بدهد مگر اینکه آن محدث، نهال ها را از ریشه درآورده و با خودش ببرد. (رزیق می گوید) پرسیدم: اگر از اول در آن زمین نهالی یا بنایی وجود داشت و مالک آنها را احداث کرده بود و مشتری آنها را نابود کرده حکم چیست؟ امام فرمود: یا باید آنها را به حالت اوّلی برگرداند و یا قیمت آنها را به صاحب زمین بپردازد، هنگامی که مشتری تمام این منافعی را که از زمین برده به صاحب زمین ردّ کرد و نیز بنا و نهال ها را برگرداند و هر آن چه در روز خریداری در زمین بوده همه را تأمین کرد متقابلاً بر صاحب زمین است آنچه از مخارج که مشتری متحمّل شده و در جهت اصلاح و عمران باغ و دفع آفات و سموم از جیب خود داده همه را مالک اصلی تأمین کند (تا به هیچ کدام ضرری وارد نشود).

در این روایت هم سخنی از مراجعه مشتری به بایع فضولی (قاضی کوفه) به میان نیامده است.

جواب های مرحوم شیخ به دو روایت زراره و رزیق ۹۴/۰۳/۰۹

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: جواب های مرحوم شیخ به دو روایت زراره و رزیق

قسم دوم: غرامت در قبال منافع مستوفاه

توثیق «رزیق بن زبیر»

جلسه قبل عرض کردیم که در مورد «رزیق بن زبیر» توثیقی دیده نشده است. اما اگر محمد بن خالد الطیالسی از او اکثار روایت کرده بود، ممکن بود بگوییم که چون محمد بن خالد، وثاقتش اثبات شده، یروی عن الضعفاء و یعتمد المراسیل هم درباره اش گفته نشده لذا اکثار روایت او موجب وثاقت رزیق است. ولی اکثار روایت در کار نیست همین یک روایت که موضوع آن بیع فضولی است فقط وجود دارد پس نمی توان گفت که شیخ محمد بن خالد است. در وسائل و جامع الاحادیث فقط همین یک روایت نقل شده بود و امالی شیخ هم پیش من نبود که مراجعه کنم ببینم که روایات بیشتری نقل شده یا نه.

اما با توجه به این نکته که کتاب رزیق را همین محمد بن خالد الطیالسی روایت می کند، می توان او را توثیق کرد. نجاشی در این باره می گوید: «...حدثنا محمد بن خالد الطیالسی قال: حدثنا أبو العباس رزیق بن الزبیر بکتابه» (۱) . لذا احتیاج ندارد که ما به امالی شیخ مراجعه کنیم همین که نجاشی می گوید کتابش را محمد بن خالد طیالسی نقل می کند برای اعتبار او کافی است.

ص: ۸۸۵

۱- رجال النجاشی، نجاشی، ص ۱۶۸.

توثیق «محمد بن خالد الطیالسی»

در مورد محمد بن خالد الطیالسی عرض شد که در مورد او توثیق صریحی در کتب نیست امّا او را این گونه توثیق کردیم که محمد بن علی بن محبوب که از اجلّاء فقهای امامیه است کتاب او را نقل کرده است. و هم چنین حمید بن زیاد از او روایت زیاد نقل کرده است. حمید بن زیاد نینوایی با اینکه واقفی است مع ذلک همه بر وثاقتش اتفاق دارند و درباره اش «یروی عن الضعفاء یعتمد المراسیل» گفته نشده است؛ در تعریف شیخ طوسی که اصلاً اسمی از وقف او برده نشده، فقط به جلالت و واسع العلم بودن او اشاره کرده، کأنّ شیخ طوسی به واقفی بودنش مطلع نشده است. عبارت شیخ طوسی این گونه است: «حمید بن زیاد: من أهل نینوی قریه بجنب الحائر علی ساکنه السلام عالم جلیل واسع العلم کثیر التصانیف قد ذکرنا طرفا من کتبه فی الفهرست». (۱)

بله نجاشی و ابوغالب زراری که خریط فنّ هستند آنها به واقفی بودن هم حکم کرده اند و عدم ذکر شیخ طوسی با تصریح این دو معارضه نمی کند. ولی علی أی تقدیر جزء اجلّاء واقفه و اجلّاء علماست؛ اکثر اصول را همین حمید بن زیاد نقل کرده که خیلی از آنها را به وسیله همین محمد بن خالد الطیالسی نقل کرده است. خلاصه از این طریق می توان او را توثیق کرد. خود همین روایتی هم که در باب فضولی خواندیم، از نظر مضمون روایت خیلی خوبی است.

ص: ۸۸۶

۱- رجال الطوسی، شیخ طوسی، ص۴۲۱.

اشکال به مرحوم شیخ

مرحوم شیخ فرمود: «و أما السکوت عن رجوع المشتری إلی البائع فی بعض الأخبار فهو لعدم کونه مسوقاً لذلک» بعد هم برای سکوت در روایات به دو روایت زراره و روایت رزیق مثال زد.

در مورد روایت زراره عرض کردیم که قبلاـ مرحوم شیخ خسارات را سه قسم کردند و بحث فعلی مرحوم شیخ در خسارات قسم سوم است که مشتری منتفع نشده است ولی این روایت که در اینجا ذکر کرده اند راجع به خسارات قسم دوم است که مشتری منتفع شده است «یعوضه من قیمه ما أصاب من لبنها و خدمتها». و از آنجا که غیر منتفع در آن فرض نشده اصلاً توهم معارضه هم نمی شود و اصلاً خارج از موضوع بحث است؛ عنوان کردن این روایت به درد مسئله بعدی می خورد.

بله روایت رزیق مطلق بود هم خسارات قسم دوم (مربوط به منافع مستوفاه) را گفته و هم خسارات قسم سوم (خساراتی که در قبال آنها هیچ نفعی نبرده) را گفته که جز زحمت هیچ چیز دیگری برای مشتری نداشته است مانند نهال هایی که مشتری کاشته بود و قرار شد که آنها را از ریشه بکنند و ببرد. و یا آن درختانی که مال مالک اصلی بوده و این مشتری بعد از معامله آنها را از بین برده بود.

اما در هر دو روایت در مورد رجوع مشتری به بایع اصلی چیزی گفته نشده است. سکوت در بعضی جاها علامت نفی یک شیئ است؛ اگر راوی راجع به موضوعی، سؤال کلی کرده باشد باید به تمام فروض، جواب داده شود و اگر از یک جهتی سکوت کرد نفی، استفاده می شود ولی در ما نحن فیه از سکوت استفاده ی نفی نمی شود. مرحوم شیخ به سه دلیل اشاره می فرمایند:

ص: ۸۸۷

جواب های مرحوم شیخ به دو روایت زراره و رزیق

اولاً: «و فیه مع أنّا نمنع ورودها إلا فی مقام حکم المشتری مع المالک» (۱) .

قرینه ای وجود داشته باشد که حضرت خواسته همه جهات را بیان کند در کار نیست این دو روایت فقط راجع به این است که مالک اصلی حق دارد به مشتری مراجعه کند و از او خسارت بگیرد و دیگر در مقام بیان این نیست که مشتری هم می تواند به بایع فضولی رجوع کند تا بگوییم سکوتش علامت این است که نه رجوع نمی تواند کند و آن را نفی کنیم.

ثانیاً: «أن السکوت فی مقام البیان لا یعارض الدلیل». دلیل هست ولی در طول دلیل های دیگر است.

توضیح اینکه بر فرض که این دو روایت در مقام بیان حکم مشتری و بایع فضولی باشند ولی لفظی و تعبیری که در اینها نیست بلکه حدّ اکثر سکوت و عدم تعرض است ولی ما روایاتی داشتیم که متعرض بود و صریحاً حکم مشتری و بایع را بیان می کرد و آن روایت جمیل بود آنگاه از نظر فنی دلیل ساکت با دلیل متعرّض تعارضی ندارند زیرا تعارض در موردی است که دو دلیل هر دو متعرض باشند و یکی نافی و دیگری مثبت باشد امّا اینکه یکی ساکت و دیگری متعرّض باشد متعارض نمی شود و ناطق مقدم است.

ثالثا: «مع أن روایه زراره ظاهرها عدم التمکّن من الرجوع إلی البائع».

در روایت زراره فرضاً در مقام بیان باشد و بگوییم سکوت می تواند با چیزهای دیگر مقابله کند، در عرض روایات دیگر هم قرار بگیرد ولی امام که حکم رجوع به بایع را متعرض نشده برای این است که مشتری دسترسی به بایع ندارد. مشتری جاریه را از بازار خریده و به وطن خود برده، بعد از چندین سالی که دارای اولاد متعدد شده این مشتری در ذهنش نمی ماند که از کجا خریده؟ از کی خریده؟ آدرسی هم ندارد؛ این مشتری به حسب عادی امکان مراجعه ندارد.

ص: ۸۸۸

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۴۹۷.

رابعا: « مع أنّ البائع فی قضیّه رزیق هو القاضی، فإن کان قضاؤه صحیحاً لم یتوجّه إلیه غرم».

در روایت رزیق هم بایع فضولی، قاضیِ کوفه است که بیع او از دو صورت خارج نیست:

صورت اول: از ناحیه ی شارع منصوب است و قضاوت او به حق و صحیح و عادلانه است که در این صورت پس از کشف خلاف و اعتراف ورثه و خطای قاضی، خسارتی متوجه به او نیست چرا که وی از ناحیه ی شارع حکم می کند و طبق بیّنه و نوشته که میزان شرعی است حکم کرده و موجب غرور کسی نشده تا ضامن باشد.

صورت دوم: قضاوت او باطل و به ناحق بوده است. چنان چه ظاهر امر همین است چون در آن زمان ائمه علیهم السلام بسط ید نداشتند و حکومت در دست بنی عباس بود و قاضی، قاضی جور و از عامه بوده است. در این صورت هم ظاهر قضیه این است که مشتری می دانسته که قضاوتِ قاضیِ کذائی باطل است چون مشتری از شیعیان بوده و مذاق امام را می دانسته و اینکه نمی شود به قضات عامه رجوع کرد. و معذلک اقدام کرده و خریده پس عالماً به فسادِ معامله، اقدام کرده است و فرض علم را اول بیان کردیم که حق رجوع ندارد. لذا از موضوع بحث ما خارج می شود.

پس این روایات ساکته هم به ضرر ما تمام نشد و حق این است که مشتری جاهل مغرور شده و ضرر دیده، حق رجوع به بایع فضولی دارد و می تواند مخارجی را که متحمّل شده از وی پس بگیرد.

ص: ۸۸۹

اشکال به مرحوم شیخ نسبت به صورت دوم

اگر برای استیفـای حق، راه شـرعی وجود دارد معـذلک به قضـات عـامه مراجعه کنـد در این صورت حکمی که آنها می کنند سحت است، گرفتن از او حرام و باطل است ولی اگر راه شـرعی نداشـته باشـد عنـد الضـروره می تواند برای استیفای حقش به قضات عامه مراجعه کند. و ظاهراً راه شرعی دیگری نداشته است لذا ممکن است بگوییم این اشکال وارد نیست.

قسم دوم: غرامت در قبال منافع مستوفاه

«و أمّا الثانی و هو ما غرمه فی مقابل النفع الواصل إلیه من المنافع و النماء، ففی الرجوع بها خلاف، أقواها الرجوع».

غرامت هایی که مشتری به مالک اصـلی پرداخته در قبال منافع و نمائاتی که عائد مشتری شده و از مبیع استیفاء کرده است، آیا مشتری حق دارد بابت این غرامتها به بایع فضولی مراجعه کنـد و از وی این خسارت ها را اخـذ کند یا نه؟ مسأله مورد اختلاف است و دو قول است ولی قول قوی تر این است که حق رجوع دارد به دو دلیل:

دلیل اول: قاعده غرور: مشتری مغرور شده و مغرور یرجع الی من غرّه.

دلیل دوم: قاعـده نفی ضـرر: وقتی مالک اصـلی از مشتری غرامت گرفت، ادله نفی ضـرر اقتضاء می کنـد که مشتری بتوانـد به ضارّ خودش رجوع کنـد. منتهی آن غرامتی که در مقابلش منتفع شده مورد بحث است که آیا ضـرر است که ادله ضـرر آن را بگیرد یـا نه؟ مرحوم شـیخ می فرماینـد: عرفاً ضـرر است زیرا ولو منتفع شـده ولی هم فریب خورده و هم ضـرر کرده؛ به خاطر اینکه مشتری به حساب مجانی بودن، تصرف کرده است.

مثال مرحوم شیخ: « لقاعده الغرور المتّفق علیها ظاهراً فی من قدّم مال الغیر إلی غیره الجاهل فأکله».

این گونه مثال ها را سه جور می شود تصوّر کرد که طبق دو تصویر مصداق روشنی برای قاعده غرور و ضرر است و طبق یک تصویر مصداق قاعده غرور و ضرر نیست:

تصویر اول: شخص می خواسته برای ناهار مهمانیش، چلوکباب تهیه کند که معمول موارد این است که باید به رستوران پولی بپردازد. حال اگر یک شخص فضولی گفت من چلوکباب مهمانی شما را مجانی می دهم و بعد آمد مال دیگری را به او داد در این فرض می توان گفت که این شخص ضرر نکرده و مغرور نشده است زیرا اگر هم از غاصب نمی پذیرفت باید همان مقدار پول را جهت چلوکباب به صاحب رستوران می پرداخت و آن شخص فضولی، منشأ افتادن به ضرر نبوده است.

تصویر دوم: شخص غاصب می آید آن چلوکباب های غصبی را مجانی به میزبان می دهد و این میزبان می خواسته یک غذای ارزان بدهد اما وقتی این غاصب گفته که غذای مجانی می دهد او قبول کرده و چلوکباب داده است بعد صاحب غذا می آید و از این میزبان درخواست غرامت می کند و این میزبان که برای پرداخت غرامت، پول کافی ندارد مجبور می شود یکی از وسایلش را ارزان بفروشد تا غرامت را پرداخت کند چون پرداخت غرامت، فوری هست و باید در اسرع وقت از عهده ضمان خارج شد. این فرض از مصادیق خیلی روشن برای ضرر است.

تصویر سوم: این تصویر سوم به روشنی تصویر دوم نیست ولی اینجا هم به نظر می رسد که ضرر صدق کند.

ص: ۸۹۱

فرض کنید غاصب به شخصی که مهمان دارد بگوید که من به تو چند دست چلوکباب مجانی می دهم و این شخص چون مجانی بوده، می پذیرد. بعد صاحب غذا می آید و از این شخص درخواست غرامت می کند و این شخص هم پول دارد و غرامت را می پردازد ولی این شخص چون مجانی بوده قبول کرده است و اگر مجانی نبود اصلا چلو کباب نمی گرفت و پول آن را در جای دیگری که لازم تر بود خرج می کرد. اینجا هم متضرر شدن صدق می کند چون امور لازمه خودش را کنار گذاشته و پول را در امور غیر لازمه صرف کرده است.

نتیجه: باید تفصیل قائل شد؛ در بعضی از مصادیق ضرر صدق می کند و در بعضی از مصادیق صدق نمی کند.

تذکر: در این مثال غذا، عین مال تلف شده؛ پول در مقابل عین مال داده می شود ولی می توان برای قسم دوم به رکوب دابه مثال زد که منتفع شده ولی اگر دابه نداشت داعی هم نداشت که سوار شود و پول آن را در امورلازمه اش صرف می کرد.س

بررسی حق رجوع مشتری به بایع در خسارات قسم اول و دوم ۹۴/۰۳/۱۰

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: بررسی حق رجوع مشتری به بایع در خسارات قسم اول و دوم

مشتری که با بایع فضولی معامله می کند نسبت به عین مبیع، اقدام به ضمان کرده و ملتزم شده این عین که مال او می شود در مقابلش عوضش را بپردازد ولی نسبت به منافع اقدام به ضمان نکرده است چون در معامله، ثمن فقط در مقابل عین قرار می گیرد و در مقابل منافع چیزی قرار نمی گیرد. و بایع فضولی و مشتری نسبت به منافع نظری ندارند. ولی مالك اصلی که به مشتری مراجعه می کند هم قیمت واقعیِ خود عین را می گیرد و هم غرامت منافع را. در حالی که مشتری نسبت به منافع، اقدام به ضمان نکرده بود و بایع فضولی با غصب مال دیگران و فروش آن به این مشتری در واقع او را فریب داده است و به مقتضای « المغرور یرجع الی من غرّه» مشتری می تواند به بایع مراجعه کند.

ص: ۸۹۲

هم چنین به مقتضای قاعده لاضرر حق مراجعه دارد زیرا مشتری به خاطر گفته بایع فضولی که می گفت در مقابل منافع لازم نیست پول بدهی، آمد و از منافع مبیع استفاده کرد و حالا ـ که مالك به مشتری مراجعه کرده و غرامت منافع را گرفته این مشتری متضرر شده است. البته راجع به منافع مستوفات بحث است که ضرر هست یا نه؟ مرحوم شیخ استدلالی ذکر نمی کند فقط ادعا می کند که ضرر هست.

«أما الثانی ما غرمه فی مقابل النفع الواصل إلیه من المنافع و النماء ففی الرجوع بها خلاف أقواهما الرجوع وفاقا للمحکی عن المبسوط و المحقق و العلامه فی التجاره» در کتاب التجاره «و الشهیدین و المحقق الثانی و غیرهم و عن التنقیح بأن علیه الفتوی لقاعده الغرور المتفق علیها ظاهرا فی من قدم مال الغیر إلی غیره الجاهل فأکله»

شخصی طعام شخص دیگر را به فرد ثالث تقدیم می کند مثلا برای مهمان می آورد و شخص ثالث بدون اطلاع از غصبیّت و

به اعتقاد این که طعام خود میزبان است آن را می خورد بعداً مالک اصلی پیدا شده و از آکل بهای طعام را می گیرد؛ در اینجا اجماع است که مهمان حق مراجعه به میزبان دارد زیرا او موجب غرور و فریب وی شده «المغرور یرجع الی من غرّه» و ما نحن فیه هم از این قبیل است که بایع فضولی موجب غرور مشتری گردیده و مشتری حق رجوع به وی را دارد. «و تؤیده قاعده نفی الضرر» کلمه تأیید در کلمات مرحوم شیخ خیلی موقع ها در جایی به کار می رود که ایشان می خواهد استدلال کند و صرف إشعار نیست «فإن تغریم من أقدم علی إتلاف شی ء من دون عوض مغرورا من آخر بأن له ذلک مجانا من دون الحکم برجوعه إلی من غره فی ذلک ضرر عظیم» اگر مشتری غرامت را بپردازد و حق مراجعه به بایع را نداشته باشد ضرر می کند که ما عرض کردیم باید تفصیل داد بعضی جاها عرفاً ضرر است؛ بعضی جاها هم ضرر نیست «کیف کان فصدق الضرر و إضرار الغار به مما لا یخفی خصوصا فی بعض الموارد». که بعض موارد را ما هم قبول داریم.

کلام صاحب ریاض

«فما فی الریاض من أنه لا دلیل علی قاعده الغرور إذا لم ینطبق مع قاعده نفی الضرر».

صاحب ریاض فرموده : ما صغری را قبول داریم که مشتری، مغرور شده و بایع موجب غرور او گردیده است ولی کبری را قبول نداریم که هر مغروری حق مراجعه به غارّ داشته باشد و دلیلی بر این اطلاق نداریم. بلکه می گوییم: خصوص مغروری که از ناحیه غرور متضرّر باشد حقّ مراجعه دارد و در مورد منافع مستوفات چنین تضرّری نیست چرا که عوض مبلغی که مشتری به مالک اصلی می دهد، به خود مشتری می رسد و او از منافع استفاده کرده است؛ پس متضرر نشده تا بتواند مراجعه کند.

دو جواب به صاحب ریاض

از کلام صاحب ریاض مرحوم شیخ جوابی داده و مرحوم صاحب جواهر جواب دیگری:

جواب اول: «لاـ یخلو من شیء» مرحوم شیخ می فرماید کلام صاحب ریاض، درست نیست هم کبرای غرور ثابت است و هم صغرای ضرر ثابت است حدّ أقل در خصوص بعض موارد اتفاق است.

جواب دوم: «مضافاً إلی ما قیل علیه: من منع مدخلیّه الضرر فی قاعده الغرور، بل هی مبتیّه علی قوّه السبب علی المباشر» (۱) . صاحب جواهر فرموده که قضیه ی ضرر در قاعده ی غرور دخالتی ندارد و مسأله «المغرور یرجع الی من غرّه» ربطی به قاعده لاضرر ندارد و مبتنی بر آن نیست تا بگویید:اینجا ضرر صدق نمی کند پس جای مراجعه نیست. بلکه قاعده ی غرور مبتنی بر اصل دیگری است و آن اینکه اگر در موردی دو شخص مطرح بود که یکی سبب و واسطه بود و دیگری فاعل مباشر و بلاواسطه بود و سبب قویتر بود همان سبب ضامن است و در ما نحن فیه بایع فضولی که عالماً و عامداً متاع را به مشتری داده و سبب است از مشتری جاهل که مباشر است قویتر است و لذا ضمان بر عهده او است.

۱- قاله صاحب الجواهر فی الجواهر، محمد حسن نجفی، ج۳۷، ص۱۸۳.

نظر مرحوم شیخ در مورد جواب دوم

«لکنّه لا یخلو من نظر؛ لأنّه إنّما یدّعی اختصاص دلیل الغرور من النصوص الخاصّه و الإجماع بصوره الضرر».

مرحوم شیخ می فرمایند که در مقامِ جواب از صاحب ریاض نباید گفت که این دو قاعده غرور و لاضرر ربطی به هم ندارند؛ اگر این مطلب واضح بود و احتیاجِ به استدلال نداشت، می گفتیم که قاعده غرور خودش مستقل است امّا صاحب ریاض، همین استقلال را منکر است. و شما باید در اینجا دلیل مطلب تان را ذکر می کردید. اینکه در جواب صاحب ریاض بگویید این خودش یک قاعده دیگر است کأنّ به ایشان گفته اید که شما غافل از استقلال این دو هستید در حالی که صاحب ریاض توجه به این مطلب داشته منتهی منکر این مطلب است.

(و در واقع صاحب ریاض می خواسته بفرماید که أدله قاعده غرور عبارت از اجماع و اخبار است و قدر متیقّن از آنها صورت ضرر است که طبعاً قاعده لاضرر هم بر آن منطبق می شود ولی این بدان معنا نیست که قاعده غرور بر قاعده لاضرر مبتنی باشد بلکه بر دلیل خود مبتنی است. پس برداشت صاحب جواهر از کلام صاحب ریاض ناتمام است).

«و أمّا قوّه السبب علی المباشر، فلیست بنفسها دلیلًا علی رجوع المغرور».

مرحوم شیخ می فرمایند اما قوت سبب بر مباشر به نفسها دلیل برای رجوع مشتری به بایع نیست و باید بین موارد مختلف قائل به تفصیل شد:

صورت اول: «إلّا إذا کان السبب بحیث استند التلف عرفاً إلیه، کما فی المُکْرَه».

قویتر بودنِ سبب به گونه ای باشد که عرفاً تلف مال به سبب مستند باشد. در این صورت سبب ضامن است و اصولاً در چنین فرضی مالک اصلی از آغاز باید به سراغ سبب برود چون اراده مباشر نقشی نداشته و او فقط مثل آلت و ابزاری عمل کرده است.

صورت دوم: «و أمّا فی غیر ذلک فالضمان أو قرار الضمان فیه یحتاج إلی دلیل مفقود».

اما در مواردی که عرف، سبب را متلف حقیقی نمی داند بلکه مباشر را مقصّر می شمارد که به اراده خود چنین کرده است در این صورت حکم به اینکه ابتدا به ساکن سبب، ضامن است یا استقرار ضمان بر او است که اگر مالک اصلی از مشتری گرفت، مشتری هم حق دارد از بایع بگیرد و به صرف سبب بودن چنین حکمی بکنیم دلیل دیگری غیر از قوت سبب می طلبد.

پنج دلیل برای رجوع مشتری به بایع

«فلا بد من الرجوع بالأخره إلی قاعده الضرر أو الإجماع المدعی فی الإیضاح علی تقدیم السبب إذا کان أقوی...» و در امثال ما نحن فیه که از مباشر (مشتری) سلب اختیار نشده اگر بخواهیم حکم به ضمانِ سبب (بایع) بکنیم ناچاریم از اینکه به یکی از چهار دلیل ذیل مراجعه کنیم:

دلیل اول: قاعده ضرر

بایع فضولی یا سبب، موجب تضرّر مشتری گردیده است لذا ضامن است.

دلیل دوم: اجماع

به اجماعی که إیضاح مدعی شده اعتماد کنیم و بگوییم تقدیم سبب بر مباشر در صورت قویتر بودن اجماعی است اگرچه قوّت سبب به مرتبه ای نرسد که تلف به او مستند شود و اختیار از مباشر سلب گردد.

دلیل سوم: اخبار

به اخباری که در ابواب پراکنده (مثل باب شهادت زور) وارد شده، استناد کنیم و بگوییم: از آنها استفاده می شود که غرور خودش بنفسه موضوع است؛ احتیاج ندارد به اینکه تحت عنوان ضرر مندرج شود.

دلیل چهارم: سببیّت نفس غرور

غارّ (بایع یا سبب) موجب خسارت پرداختن مغرور (مباشر یا مشتری) گردیده است و مَثَل غارّ مَثَل شاهد زور است که اگر به ناحق شهادت داد و مالی را از کسی گرفتند و به دیگری دادند و بعداً از شهادتش عدول کرد مشهود علیه حق دارد به شاهد مراجعه کرده و مال را از او بگیرد و او ضامن است. از این استفاده می شود که نفس الغرور قطع نظر از مسئله ضرر، خودش یک موضوعی است برای ضامن بودن بایع و اینکه مشتری حق دارد به بایع رجوع کند.

«و لا ریب فی ثبوت هذه الوجوه فیما نحن فیه أما الأخیر فواضح» شکی نیست که همه وجوه در اینجا ثابت است «أمّا الأوّل فقد عرفته» که در بعض موارد حتماً ضرر صدق می کند. «و أما الإجماع و الأخبار» اگرچه در ما نحن فیه اجماع و اخبار نیست ولی در نظائر و اشباه آن است که در آنها خصوصیتی فهمیده نمی شود لذا تعدّی می کنیم. و آن نظائر مانند أکل طعامِ دیگران که مثال برای اجماع است و شهادت زور که مثال برای اخبار است، قبلاً توضیح هر دو گذشت.

«و قد ظهر ممّا ذکرنا فساد منع الغرور فیما نحن فیه».

مرحوم شیخ می فرماید: ما برای حکم به ضمان بایع فضولی از راه قاعده غرور پیش آمدیم که صاحب ریاض صغری (اصل مغرور شدن مشتری) را پذیرفته ولی در کبری مناقشه کرده که هر مغروری حق مراجعه به غارّ ندارد بلکه اگر متضرر شد، حق مراجعه دارد. و در مقابل، صاحب جواهر در اصل صغری مناقشه کرده که واژه غرور، مفهوم مجملی دارد و حدّ و حدودش خیلی منضبط نیست لذا اصلا نمی دانیم در ما نحن فیه که مشتری منافع را استیفاء کرده آیا مغرور بر او صدق می کند یا نه و تا صغری محرز نشود جای کبری نیست و به این دلیل، به عدم ضمان بایع حکم کرده است.

مرحوم شیخ می فرمایند: درست است که حدّ و حدود واژه غرور خیلی روشن نیست و بعضی از مصادیق غرور مشکوک است امّا این مصداقی که مورد بحث ماست این مشکوک نیست. و قدر متیقن از غرور است.

انصاف این است که قدر متیقن غرور این است که بایع فضولی، ملک دیگری را به مشتری بفروشد به این عنوان که ملک خودش است و مشتری در مال دیگری تصرف کند و آن را اتلاف کند و بر آن ید پیدا کند اما نه به عنوان این که مال غیر است تا خودش متلف و ضامن باشد بلکه به عنوان این که خیال می کرد مال خودش است یا مانند طعام الغیر که خیال می کرد برایش مباح است و تصرف کرد و بعد کشف خلاف شد در اینجا قطعاً شخص متصرف، مغرور است و فریب خورده است و صغری محرز است و کبری هم می آید.

ص: ۸۹۸

دلیل پنجم: روایت جمیل

«هذا کلّه، مضافاً إلی ما قد یقال: من دلاله روایه جمیل المتقدّمه بناءً علی أنّ حریّه الولد منفعه راجعه إلی المشتری»

روایت: «عَنْ جَمِیلِ بْنِ دَرَّاجٍ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ ع فِی الرَّجُلِ یَشْتَرِی الْجَارِیَهَ مِنَ السُّوقِ فَیُولِدُهَا ثُمَّ یَجِی ءُ مُسْتَحِقُّ الْجَارِیَهِ فَقَالَ یَأْخُذُ الْجَارِیَهَ الْمُسْتَحِقُّ وَ یَدْفَعُ إِلَیْهِ الْمُبْتَاعُ قِیمَهَ الْوَلَدِ وَ یَرْجِعُ عَلَی مَنْ بَاعَهُ بِثَمَنِ الْجَارِیَهِ وَ قِیمَهِ الْوَلَدِ الَّتِی أُخِذَتْ مِنْهُ». (1)

فرزند قبلاً ملک دیگری بوده و آزاد نبوده اما بعد از پرداخت قیمتش به مالک اصلی، این فرزند حرّ می شود حال بنا بر اینکه حرّیت منفعتی باشد که به مشتری عود می کند، روایت دلیل بر مانحن فیه می شود که آن مقدار از خسارت که مشتری بابت منافع مستوفات به مالک اصلی داده با مراجعه به بایع از او می گیرد و بایع ضامن است.

اشکال به دلیل پنجم

«و فیه تأمّل» استدلال به این روایت مورد اشکال است چرا که اصلاً منفعت بودن حریّتِ ولد محل اشکال است. (زیرا منفعت معمولاً قابل معامله و معاوضه است ولی حرّیت که مال نیست تا مورد معامله واقع شود).

حکم خسارات قسم اوّل

«ثمّ إنّ ممّا ذکرنا فی حکم هذا القسم یظهر حکم ما یغرمه فی مقابل العین من زیاده القیمه علی الثمن».

خسارات قسم اول: خساراتی که مشتری متحمل شده و به مالک اصلی داده نه در مقابل منافع غیر متسوفات یا مستوفات بلکه در مقابل خود عین یعنی زیاده ای که در مقابل خود عین پرداخت شده است.

۱- تهذیب الأحکام، شیخ طوسی، ج ۷، ص ۸۲.

مرحوم شیخ می فرمایند که از این مطالبی که راجع به قسم سوم گفتیم حکم قسم اول هم معلوم می شود.

مثال: بـایع فضولی متـاعی را که ارزش واقعی آن بیست دینار بود به ده دینار به مشتری فروخت و متاع در دست مشتری، تلف شد و بعداً که مالک اصلی، معامله را ردّ کرد و قیمت بیست دینار را از مشتری گرفت.

مرحوم شـیخ قائل به تفصـیل شـده است و می فرمایـد: نسـبت به ده دینار که ثمن معامله بوده است حق مراجعه نـدارد زیرا بایع موجب غرور مشتری نشده است بلکه خود مشتری اقدام کرده و ملتزم شده که این مبلغ را بدهد و علی کل حالٍ آن را به عهده گرفته چه بایع در ادعای مالکیتش نسبت به مبیع صادق باشد و چه کاذب، منتها اگر صادق باشد باید به خود بایع بدهد و اگر کاذب باشـد به مالک اصـلی می دهـد و در این مقدار غروری نیست. و اما نسـبت به ده دینار زائد بر ثمن که مشتری به مالک اصـلی داده است خود مشتری اقـدام به ضـمان نکرده و ملتزم به پرداخت آن نشـده است بلکه دروغگوییِ بایع موجب غرور او شـده است و اگر می دانست که متـاع ملـک دیگری است و قیمت واقعی اش بیست دینـار است چه بسـا اقـدام نمی کرد. او به گمان اینکه ملک بایع است و به قیمت ارزان خریداری می کند اقدام کرده پس نسبت به ده دینار زاید بر اصل ثمن وی مغرور است (صغری) و قاعده این است که المغرور یرجع الی من غرّه (کبری) پس مشتری هم به بایع فضولی رجوع می کند.

ص: ۹۰۰

کلام صاحب جواهر: «و ممّا ذکرنا یظهر اندفاع ما ذکر فی وجه عدم الرجوع...»

صاحب جواهر گفته: نسبت به آن ده دینار دیگر هم نمی تواند مراجعه کند چون وقتی مشتری با بایع وارد معامله می شود بدان معنا است که من اقدام کردم بر ضمان عین که از این پس هر بلائی سر عین آمد از مال خودم تلف شود و ربطی به بایع نداشته باشد آنگاه اگر معامله صحیح باشد و عین در دست مشتری تلف شود به همان ثمن المسمی ضامن است و بیش از ده دینار ضامن نیست ولی حالا که فاسد در آمده، قانون این است که «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» منتهی ضمان مبیع فاسد به قیمت واقعی است (بیست دینار)؛ پس خود مشتری اقدام بر معامله کرده و ضمانت عین را به عهده گرفته و با فرض اقدام خودش به اختیار، دیگر غرور صدق نمی کند تا بتواند به بایع فضولی مراجعه کند پس نسبت به کل بیست دینار حق مراجعه ندارد و خود مشتری ضامن است.

جواب مرحوم شیخ به صاحب جواهر

أولا: این مسلک باطل است چرا که اقدام مشتری بر معامله به مقدار ده دینار بود نه بیشتر و کذب بایع باعث شد که مشتری مبلغ بیست دینار را بپردازد پس بایع غارّ است و استقرار ضمان بر عهده بایع است.

به عبارت دیگر درست است که مشتری اقدام به ضمان کرده ولی ارزش واقعی اش بیست دینار است ولی بایع فضولی آمده به ده دینار این را فروخته، مشتری به حساب ده دینار این را خریده است. در اینجا شارع درست است می گوید اقدام این به اصل ضمان، منشأ کل ضمان است ولی منشأ ضمان بودن غیر از این است که بگویند همه بیست دینار را اقدام کرده است. وجداناً به ده دینار اقدام کرده نه بیست دینار منتهی شارع می گوید اقدام به ده دینار تعبداً ضمان واقعی (بیست دینار) را به دنبال می آورد و می گوید اقدام تو که در مقابل مجانی نبوده پس همه اش را باید بپردازی؛ بنابراین شخص ضامن است بالتعبد الشرعی؛ علت ضمان هم نفس اقدام کردن است نه اقدام کردن برای ده دینار ولی چون اقدام برای آن ده دینار زاید نکرده، عنوان غرور نسبت به ده دینار زائد صدق می کند. مشتری، ضامن هست ولی از ناحیه بایع فضولی، مغرور هم شده است. و انکار این صغری درست نیست.

ثانیا: در مقبوض به عقد فاسد گذشت که اقدام بر ضمان خودش بما هو دلیل نیست بلکه ید سبب ضمان است آنهم یدی که امانی نباشد و در ما نحن فیه بایع فضولی ید پیدا کرده است.

«و کیف کان، فجریان قاعده الغرور فیما نحن فیه أولی منه فیما حصل فی مقابلته نفع». همان طوری که نسبت به منافع مستوفات بر مشتری مغرور بودن صدق می کرد و اگر مالک اصلی اینها را از مشتری می گرفت او هم حق رجوع داشت هکذا نسبت به این زیادی در مقابل خود عین هم مغرور بودن صدق می کند بلکه به طریق اولی صدق می کند پس حق دارد به بایع مراجعه کند.

غرامت مربوط به تلف جزء و وصف – رجوع مالک به بایع ۹۴/۰۳/۱۱

.Your browser does not support the audio tag

موضوع: غرامت مربوط به تلف جزء و وصف – رجوع مالک به بایع

تلف شدن جزء عین و غرامت آن

«هذا کلّه فیما یغرمه المشتری بإزاء نفس العین التالفه، و أمّا ما یغرمه بإزاء أجزائه التالفه، فالظاهر أنّ حکمه حکم المجموع فی أنّه یرجع فی الزائد علی ما یقابل ذلک الجزء لا فیما یقابله علی ما اخترناه و یجی ء علی القول الآخر عدم الرجوع فی تمام ما یغرمه» (۱) .

تا به حال سخن در این بود که اگر کل عین در دست مشتری تلف شد و مالک اصلی قیمت واقعی را گرفت آیا مشتری حق دارد به بایع رجوع کرده و عشره زاید را بگیرد یا نه؟ دو قول بود که روشن شد. ولی در اینجا سخن در تلف جزء عین است؛ اگر جزء عین در دست مشتری تلف شد و مالک قیمت آن جزء را دو برابر گرفت، این صورت حکمش چیست؟ مرحوم شیخ می فرماید که حکم تلف جزء، حکم تلف کل است یعنی نسبت به عشره زائد مشتری حق دارد به بایع مراجعه کند چون او مغرورش کرده و بنابر قول دوم مشتری حق مراجعه ندارد.

۱- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳، ص ۵۰۴.

تلف شدن اوصاف و غرامت آنها

«و أمّا ما یغرمه بإزاء أوصافه، فإن کان ممّا لا یقسّط علیه الثمن کماعدا وصف الصحّه من الأوصاف التی یتفاوت بها القیمه، کما لو کان عبداً کاتباً فنسی الکتابه عند المشتری فرجع المالک علیه بالتفاوت فالظاهر رجوع المشتری علی البائع لأنّه لم یُقدم علی ضمان ذلک».

اگر وصفی از اوصاف عین نزد مشتری تلف شد و مالک اصلی معامله را ردّ کرد و عین را گرفت حکم چیست؟

اگر وصفی است که در زیادی و نقصان قیمت دخالتی ندارد که در این فرض نه مالک حق رجوع به مشتری را داشته و نه مشتری حق رجوع به بایع دارد.

اما اگر وصفی است که در کم و زیاد شدن قیمت عین دخیل است، مشتری ضامن است و در صورت مراجعه مالک، مشتری نیز حق رجوع به بایع را دارد چرا که مشتری نسبت به چنین وصفی اقدام بر ضمان نکرده تا ضامن باشد و حق مراجعه نداشته باشد.

در مورد وصف صحت، نظر مرحوم شیخ این است که کأنّ ثمن در مقابل آن تقسیط می شود و لذا حکم جزء را دارد.

اما اوصاف دیگر غیر از صحت، مال در مقابل آنها تقسیط نمی شود؛ این طور نیست که یک مقداری از ثمن در مقابل آن اوصاف باشد. به طور مثال خانه ی نزدیک حرم، قیمتش بیشتر از خانه ی دور از حرم است و یا خانه ی واقع شده در شهر خوش آب و هوا قیمتش بیشتر از خانه ی روستایی است که در یک جای دور دست بنا شده است؛ در این اوصاف، قیمت مال خود خانه است؛ خانه ای که این اوصاف در آن باشد، قیمت خود خانه با خانه ی فاقد این اوصاف فرق دارد این طور نیست که گفته شود نصف قیمت خانه برای اوصافش است که مثلا نزدیک حرم بنا شده و خود خانه نصف این قیمت ارزش دارد. به هر حال اینجا ولو تقسیط نمی شود و جزء حساب نیست ولی بالأخره وظیفه ذو الید (مشتری) این است که آن چیزی را که در دستش بوده تدارک کند؛ و با تحویل مبیعِ فاقد اوصاف که ارزش آن پایین آمده رفع ضمان نمی شود و مشتری هم حق رجوع به بایع را دارد.

ص: ۹۰۳

« ثمّ إنّ ما ذكرنا كلّه من رجوع المشتری علی البائع بما یغرمه إنّما هو إذا کان البیع المذکور صحیحاً من غیر جهه کون البائع غیر مالک، أمّا لو کان فاسداً من جههٍ أُخری فلا رجوع علی البائع».

اینکه مشتری می تواند به بایع مراجعه کند در صورتی است که معامله فضولی، جامع جمیع اجزاء و شرایط بوده و از هیچ جهتی کاستی نداشته مگر از ناحیه فضولی بودن بایع و عدم اجازه مالک که موجب فساد بیع می شد، حال اگر معامله از ناحیه دیگری هم فاسد بود مثل ربوی بودن معامله در این صورت مشتری حق ندارد به بایع مراجعه کند و خسارت را بگیرد نه نسبت به ثمن المسمی و نه نسبت به قیمت زائد؛ زیرا خساراتی که مشتری متحمل شده مربوط به بایع نیست و از ناحیه تغریر و ادعای کذب او نیامده است بلکه این خسارتها از ناحیه فساد بیع وارد شده است. قانون این است که: «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» و ضمان در عقد فاسد به قیمت واقعی است و همه را باید مشتری بپردازد.

و اینکه بایع آمده خودش را قالب زده و گفته من مالک هستم و به کمتر فروخته است این را که شارع امضاء نکرده است؛ شارع می فرماید ذو الید باید خسارت را بپردازد. اگر این بایع واقعاً فضولی نبود، مالک اصلی بود و یک معامله فاسدی انجام داده بود و مبیع در ید ذو الید (مشتری) تلف شده بود، باید این مشتری، کل قیمت را به خود آن بایع غیر فضولی می پرداخت چون شارع امضاء نکرده است. و با قاعده ید، باید ضمان کل را قائل شد زیرا مثل هبه، مجانی هم که به او نداده بود.

ص: ۹۰۴

به هر حال مشتری مقبوض به عقد فاسد، ضامن است آری اگر بایع، صادق باشد مغروم له خود بایع است و اگر کاذب باشد مغروم له، مالک اصلی است.

فرض رجوع مالک اصلی به بایع

« ثمّ إنّه قد ظهر ممّا ذکرنا: أنّ کلّ ما یرجع المشتری به علی البائع إذا رُجع علیه فلا یرجع البائع به علی المشتری إذا رُجع علیه».

مالک اگر به مشتری رجوع کرد، مشتری هم به بایع فضولی که غارّ بوده رجوع می کند؛ امّا اگر مالک اصلی به بایع رجوع کرد، بایع حق ندارد به مشتری مراجعه کند چون مشتری که او را مغرورش نکرده است و قرار ضمان با همان بایع فضولی است که غارّ بوده؛ و اگرمالک به بایع رجوع کرد، به خود غارّ مراجعه کرده و غارّ دیگر حق ندارد به مغرور خودش مراجعه کند.

اما نسبت به خسارت هایی که اگر مالک از مشتری می گرفت وی حق مراجعه به بایع نداشت (مقدار ثمن) چنانچه در این رابطه مالک اصلی به بایع مراجعه کرد و از او دریافت کرد، او نیز حق دارد به مشتری مراجعه کرده و مقدار ثمن را از مشتری اخذ کند زیرا نسبت به این مقدار خود مشتری اقدام کرده و راضی شده و متاع هم در دست او تلف شده و علی القاعده استقرارضمان بر همان کسی است که مبیع نزد او تلف شده است مگر ید سابق غارّ باشد که علی الفرض نسبت به مقدار ثمن غروری نیست.

فإن قلت:

«فإن قلت: إنّ کلّا من البائع و المشتری یتساویان فی حصول العین فی یدهما العادیه التی هی سبب للضمان و حصول التلف فی ید المشتری لا دلیل علی کونه سبباً لرجوع البائع علیه».

ص: ۹۰۵

مستشکل می گوید: چرا بایع بتواند به مشتری مراجعه کند در حالی که هر دو ید شان، ضمانی است و فرض مسئله هم این است که در دست مشتری تلف شده است نه اینکه او اتلاف کرده است. در فرض اتلاف، ممکن است بگوییم که بایع فضولی می تواند به مشتری مراجعه کند زیرا اتلاف مشتری، سبب تثبیت بدهکاری شده است ولی در فرض تلف مانند سرقت و زلزله که اتلافی در کار نیست و هر دو دست، ضمانی است دلیلی برای مراجعه بایع به مشتری نیست. خود بایع هم ضامن بوده و مالک از او گرفته است، دیگر به چه مجوزّی بایع حق مراجعه به مشتری داشته باشد؟

قلت:

«قلت: توضیح ذلک یحتاج إلی الکشف عن کیفیّه اشتغال ذمّه کلّ من الیدین ببدل التالف و صیرورته فی عهده کلّ منهما...».

مرحوم شیخ در جواب اشکال می فرمایند: لازم است ابتدا تحلیلی از کیفیّت اشتغال ذمّه در مانحن فیه و امثال آن داشته باشیم سپس به جواب اشکال بپردازیم:

در موردی که یک متاع است و چند یَد طولی بر آن پیدا شده است در اینجا اگر بگوییم تنها ید سابق ضامن است ترجیح بلا مرجّح است و اگر بگوییم تنها ید لاحق ضامن است باز ترجیح بلامرجّح است ناگریز باید بگوییم هر دو ضامن هستند اما نه به این معنی که مالک اصلی حق دارد از هر دو عوض را دریافت کند زیرا مال واحد، عوض واحد دارد و با گرفتن غرامت از یکی مال تالف، تدارک شده و «المتدارک لایتدارک»؛ پس دیگری اشتغال به ذمّه ندارد پس هر دو ضامن هستند ولی نه علی التعیین بلکه علی البدل و مالک اصلی مخیّر است از هر کدام که مایل بود بدل را بگیرد و با اخذ از یکی غرض حاصل شده و حق مراجعه به دیگری را ندارد. همان طوری که اگر یکی از اینها عین مال را تحویل دهد، مالک دیگر نمی تواند به سراغ دیگری برود و عوض را بگیرد.

ما نحن فیه مثل واجب کفایی است که افراد مختلفی مسئول یک تکلیف و یک غرض هستند که اگر یکی از عهده برآمد دیگر زمینه برای دیگری از بین می رود؛ دفن میت واجب کفایی است، اگر یکی دفن کرد، زمینه برای دیگری نمی ماند و مسئولیت از گردن او برداشته می شود.

اشکال به واجب کفایی بودن

اینکه گفته شد به نحو واجب کفایی است مسلّم نیست؛ و در موارد دیگر اکثر فقها حکم به واجب کفایی نکرده اند به طور مثال وظیفه ولد اکبر است که نماز و روزه ی پدر را قضا کند آن وقت اگر دوتا پسر از دوتا زن در آن واحد متولد شدند – تقارن عرفی کافی است– در اینجا در مورد اینکه وظیفه متوجه به کدام یک می شود سه احتمال وجود دارد:

احتمال اول: تقسیط می شود.

احتمال دوم: به نحو واجب کفایی است.

احتمال سوم: به هیچ کدام ولد اکبر صدق نمی کند.

در این مورد، صاحب عروه و عدّه زیادی قائل به تقسیط شده اند. به نظر می رسد که در باب «علی الید ما اخذت» هم همین طور هست؛ دوتا ید است که اخذ کرده اند، هر دو مسئولند که تقسیط می شود. و به نحو واجب کفایی بودن خیلی روشن نیست هر مطلبی در ولد اکبر هست، اینجا هم همان را بگوییم. اگر یک دلیل خاصی داشته باشد، آن یک بحث دیگر است، اما علی القاعده حکم مسئله مثل هم می ماند.

درباره مرکز

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِی الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می‌دانند و کسانی که نمی‌دانند یکسانند ؟

سوره زمر/ ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ.ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفا علمی و به دور از تعصبات و جریانات اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب « مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱.بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام)

۲.تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی

۳.جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه ، تبلت ها، رایانه ها و ...

۴.سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو

۵.گسترش فرهنگ عمومی مطالعه

۶.زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱.عمل بر مبنای مجوز های قانونی

۲.ارتباط با مراکز هم سو

۳.پرهیز از موازی کاری

۴.صرفا ارائه محتوای علمی

۵.ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱.چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲.برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳.تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴.تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵.ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: www.ghaemiyeh.com

۶.تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷.راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸.طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹.برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰.برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

۱.JAVA

۲.ANDROID

۳.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

۷.CHM

۸.GHB

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

۱.ANDROID

۲.IOS

۳.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

درپایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه

بزرگوارانی که ما را در دستیابی به این هدف یاری نموده و یا دیتا های خود را در اختیار ما قرار دادند تقدیر و تشکر می نماییم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان -خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آباده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی -پلاک ۱۲۹/۳۴- طبقه اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹



مرکز تحقیقات رایانه‌ای
قائمیه
اصفهان
WWW
برای داشتن کتابخانه های‌تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشـــانی
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹